

كتاب الإجارة من العناية

١

قد وقف هذا من طرف خواجه زاده
حسن علي كف بن علي ... في سنه
ست وثلاثين
وثلثمائة
والف

٧٠٧



بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي

باب ضمان الاجير لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة
وهو الضمان قال الاجراء على ضربين. الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسوال
عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى
يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفا
على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجرة متى يستحق ان بعض الاجراء
يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف
بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون
تعريفا بالمثال وهو صحيح وهو لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح
وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه
اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال
من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى اخره وقوله قال قوله ثم من
هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر
ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ المستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ اذا هلك المتاع
بسبب اذا كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب
الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فانهما يقولان ان نصور المسئلة في حافظ الامتعة باجر فهلك الامتعة
فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه
والحرق الغالب ونحو ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين في يده امانة لان القبض
حصل باذنه ولهذا لو هلكت في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا
كما في المغصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما امكن
التحرز فوجب الضمان والمغصب ليس كذلك اجاب بقوله والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا
وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود اصلا لاقامة العمل فكان
تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا يثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان
بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجرة قال وما تلف من
عمله وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر
والشافعي لا ضمان عليه لانه امر بالفعل مطلقا اذا استاجره ليدق الثوب ولم يرد على ذلك ما
يدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق وصار
كالاجير الواحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة
الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود

حتى

حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد
ماموراً به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن
فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم ان يلتزم جوابه الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضيق
لغير من يتبرع له ولو ملك بان المتبرع بالعمل بمنزلة الهبة ولا تقتضي السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير
الوحد على ما نذكره قوله وانقطاع الحبل جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير
فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام وكان من صنعه الا انه لا يضمن به اي بعقله
بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وضمان
الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن
استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي
حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر فيه واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة في
الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع
بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك
من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار مع ان القياس يقتضي ان لا يخير عند ابي حنيفة هل يضمنه
قيمته في المكان الذي انكسر لان الهالك عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب ان
لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع
تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي
عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان
اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع
المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الى اخره وانما اعاد رواية الجامع
لبيان ان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر بعدم
التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد انه ان تجاوز ضمن وما في الجامع الصغير فلانه نص على الاجر وكون
الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم يكن بامره ضمن ووجه ذلك ان الهلاك ليس
بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه اي السراية تبتني
على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير مقدور فلم
يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة والاكذلك الدق الثوب ونحوه لان
الهلاك مقارن بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته
تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه
وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منهما قدر الضمان على تقدير الحياة والموت اجيب بان ذلك
بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف
بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لما يقابل جميع الدية فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه
اجيب بان محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا ثاني له في النفس

فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون
فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس كذلك
فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضا الى
التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد
يحتمل ان يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا بخلاف فانه لا يحتمل ان لا يقع اتلافا
قال والاجير الخاص والاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر
شهرا للخدمة يتخصص او لرعي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله
ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر قوله ولهذا اي ولان الاجرة مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له
يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد ره خياط
خاط الثوب لرجل باجر ففتقه الرجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه
لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد
الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق
فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما ان فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم
يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان بفتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا
ولو كان اجيرا خاصا ففتقه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غصب او غا
ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله او تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فاذا
تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف في يده فلان العين
امانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير
المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر
وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها حتى لا ينقص في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير
الوحد لا يتقبل العمل بل يسلم نفسه فتكون السلامة غالبة فنوخذ فيه بالقياس واما الثاني
وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس صح
تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امر بالتصرف في ملكه صح وصير المامور الى الاجر نائبا
منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه باب
الاجارة على احد الشرطين لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحدة ذكر
في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال واذا
قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته
روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا
اذا كان الترديد بين الصبغين او الدارين او الدابتين او مسافتين وكذا اذا
كان بين ثلاثة اشياء اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك
البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط

ذلك

ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن
بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو حنيفة رحمه الله الشرط الاول
جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو
يوسف ومحمد الشرطان جائزان ففي ايهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان
فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية
الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد
في اليوم بقوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد
استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله
خطه بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع
في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف
الى غد ثابتا في اليوم مع اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق
لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما
تسميتان لزم مقابلة العقد الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال
خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة ترتفع
بوقوع العمل فانه به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت
لان حقيقته ذلك لان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصر على اليوم فبانقضاء اليوم
لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق اي للاضافة
لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مراده
لكونه حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم
تسميتان قوله ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل اخر لهما ومعناه ان المعقود عليه
واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم
من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك فيكون التاجيل مقصودا ايضا
باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولابي
حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة
بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى
باقية وانما هو يحط النصف الاخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي
لتعليق الحط بالتاخير فيكون معناه وهو يقبل التاخير واذا كان الحقيقة ممكن
العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم
ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع
الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجر مسمى كذا واذا نظرنا الى ذكر اليوم

كان اجرا وحده وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب
الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة
وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي
هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ يجتمع في الغد تسميتان دون
اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل وللقايل ان يقول
في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد
الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الاخر فكان تحكما والجواب ان فساد
الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والتضمنات غير معتبرة واستشكل على قول
ابي حنيفة بمسئلة المخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد
وههنا للتعجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة لا يترك اذا
لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك
عن الحمل اليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد
فانه لا دليل ثمه على المجاز فكان التاقيت مرادا وفسد العقد ورد بان دليل
المجاز قايم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال
والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زايد على ذلك وليس
بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زايد على الجواز بظاهر الحال
ومما ذكرنا علم ان قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق
واذا وجب اجر المثل فقد اختلف الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم
الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم
لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير
لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في
اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه
في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا
لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما
فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال ولو قال ان سكنت في
هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا ومن استاجر
بيتا فقال ان سكنته عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين
ولو استاجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل
عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جايز عند ابي حنيفة خلافا لهما وان استاجرها
الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جايز ويحتمل الخلاف
وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا

قول

قول ابي حنيفة خاصة كما في نظايرها وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذلك الاجر
احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل
مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله
بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر انما يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة
اما في هذه المسايل فالاجر يجب بالتخلية في الدابة والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف
اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خير
بين عقدين صحيحين مختلفين وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه
الحداد الا ترى انه اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها قوله والاجارة
جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية الخ وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة
اما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان يسلم ولم
ينتفع به حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

تاخر ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته
ومن استخدم عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر
تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر في ملك
منافعه كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا اذا استاجر المستاجر واجيب بان المولى انما يسافر
بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على
خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مونة
الرد في باب الاجارة على الموجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه في الاجر
فالمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر ما لم يلتزمه من مونة الرد وربما يربوا على الاجر واما في
الصلح فمونة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مونة الرد وله ذلك وهذا
كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى ان يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول
ويلزمه مونة الرد ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى
له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري
يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه او رفع ضرر
مونة الرد على ما ذكرنا بوجه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم اراد
المستاجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان
عذرا يفسخ به الاجارة قوله ولا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت
بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر
عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب
غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر
فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه تقتضي ان لا يصح الاجارة لانعدام

اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا اهلك العبد فانه
يجب للمولى ضمنه دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف
نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا
جاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه قال ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه ومن غصب عبدا
فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفه رحمه الله تعالى وهو ضامن
لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور ماذون
في النافع ولابي حنيفه ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان المتقوم بالاحراز وهذا المال غير
محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون
بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان
قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه
جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه
لانه عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ
على ما مر من قوله والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا كان ماذونا وهو العاقد رجع الحقوق
اليه فكان له القبض وفايدته تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجر فانه يحصل بالاداء اليه وموضع
المسئلة فيما اذا اجر العبد المغصوب نفسه فان اجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان
عليه بالاتفاق وان اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجر الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر
عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لانه
المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال اشهرا باربعة
على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال
استاجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد او نظرا الى الحاجة فان الانسان
انما يستاجر الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد
والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور
في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في
كلام الموجر من المنكر فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
قوله ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الى آخره ظاهر خلا قوله فيحكم الحال فانه يستشكل بان
الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر
فكانت موجبة للاستحقاق وليس بشيء لان المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ويجب الاجرة
مرجحا حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض
كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة
دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف
انما يكون بعارض واذا اختلف الخياط ورب الثوب اي اختلف المتعاقدان في الاجارة
في نوع من المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة والحمرة والصفرة فالقول قول من
يستفاد منه الاجر وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو انكر اصل
الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان
حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل
باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ليخيط ثوبا فخاطه قباء واعترض
بان هناك اتفق المتعاقدان على المامور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك
فكيف تكون هذه مثل تلك واجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد
يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الاجير اعتبار فكانتا في الحكم
في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة
زيادة فالاول اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية وهو الاصح لان الصبغ الذي للعمل
المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب
مستهلكا بالصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد ان الصباغ بمنزلة
الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب
عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر
تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر
وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وخلطته بان تكررت تلك المعاملة
بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر تعين جعلهما لطلب باجر
جريا على معاودتهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة
فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر
والقياس ما قاله ابو حنيفه لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح
للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال ومن
استاجر دارا انفسخ الاجارة بعيوب تنقص بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار
عندنا خلافا للشافعي فاذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا
اذا استاجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر
لحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى عيني العبد
فلا فسخ له قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه
هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة
الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع

وعلى هذا الأوقات بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر
كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع
البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك ولذلك اذا ازال الموجر
ما به العيب لا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء
عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصح النقل هذا القائل عاد كره في كتاب البيوع ولو
سقطت الدار كلها فله ان يخرج سوا كان صاحب شاهدا او غايبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ
بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضر
المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة
قبل القبض وموت العبد شابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال
ان العقد لا ينفسخ وصح النقل بما روي هشام عن محمد فيمن استاجر فانهدم فبناها الموجر ليس للمستاجر ان
يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه
يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع قوله ولو انقطع ما الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه
من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الما واذا مات احد
المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به او الاجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال
من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة
على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك انتقال ما لم يملك المورث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره
كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المعقود عليه لغير العاقد
مستحقة بالعقد فانه في الابتدا كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استاجر
دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان
المسمى بالاجر فقد مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على
نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستاجر الدابة منه
حتى قال بعض مشايخنا اذا وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة وكذا لو
مات في موضع فيه قاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقا الاجارة مع وجود ما ينافي
البقا وهو موت الموجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري
والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل
فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا ما قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه
انفسخ ولم يلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مسئلة ووجه نقضه
هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة
او الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله قال وصح
شرط الخيار في الاجارة اذا استاجر دارا سنة على انه او الموجر بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز عندنا

وفي

وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان
كان للموجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بنا على اصله ان المنافع جعلت
في الاجارة كالاعيان القايمة وفوات بعض المعين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد
معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة
فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي ليلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع
الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا الخيار المشروط قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق
القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع يمنع لان رد الكل في البيع
ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن
في البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعض مضي بعض المدة لان التسليم بكماله غير
ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي ت ل في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى
مضي شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تخاصما ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر
ان يمتنع عن ذلك وت ل الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد فيما بقي بنا على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده
في حكم الاعيان القايمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد
تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق
الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستاجر ههنا فرع اخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم
قايلا به ت ل وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي
لا تفسخ الا بالعيب بنا على ما مر مرارا ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان يجوز العقد عليها
وكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود
عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع يفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع
الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر
زايد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي رحمه الله محجوج بما اذا استاجر
رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع واستاجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس
او استاجر رجلا ليقطع يده للاكلة وقعت بها ثم برات فانه لا يجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة
وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر ابدا لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف
الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله اي قول القدوري في المختصر فسخ القاضي اشارة
الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل
ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي وذكر
وجهه في الكتاب وذكر وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي وفيه ما مر غير مرة
وصحح شمس الايمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي قول من وفق
فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضا لظهور العذر اي لكونه ظاهرا
وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضا لظهور العذر اي لان يظهر العذر قوله ومن استاجر

دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له غير راي منعه عن ذلك ظاهر خلاف واضع بنينها قوله
ومن اجر عبده ثم باعه فليس بحنث هو لفظ اصل الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعد ما اجر
اختلف الفاظ الروايات وقال شمس الايمة الصحيح من الروايتان البيع موقوف على سقوط المستاجر
وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط
والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس فلو قد يتحقق افلاسه بان يظهر خيانته عند الناس
فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة وبصير بحيث ان الناس لا يامنون على استعهم
قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر لا يريد السفر ولكنه
يريد فسخ الاجارة واصر المستاجر على دعوي السفر فالقاضي يساله عمن يسافر معه فان قال
فلان وفلان فالقاضي يسالهم ان فلانا هل يخرج معكم اولا فان قالوا نعم ثبت العذر والا
فلان وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كان ثيابه ثياب السفر جعله مسافرا والا فلا وقيل
اذا انكر الموجر العذر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال
الكرخي والقدوري **مسايل متفرقه** معني المسايل المذكورة قد تقدم وحصد الزرع اي جزه
والحصايد جمع حصيد وحصيده وهما الزرع المحصود والمراد به ههنا ما يبقى من اصول القضب
المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادنة قال في النهاية بالنون
من هدن اي سكن وفي نسخه هادية من هدا اي هدا اي سكن وهذا الفصل الذي ذكره من الجلد
والمضطهد اختيار شمس الايمة السرخسي قوله واذا اقعد الخياط يعني اذا كان للخياط او الصايغ
او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه
رجلا حاذقا يتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة
بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان
المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركه ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان
فيكون العامل اجيرا بالنصف وهو مجهول او ان يقبل العمل العامل كان مستاجرا
لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي مال الى وجه القياس
وقال القياس عندي اولى من الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنايع
وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحد منهما يتولى القبول من الناس والاخر
يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس
كذلك بل انما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج يقتضي اثبات الشركة في التقبل
فيثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل وتخصيص
الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء وكانهما اشتركا في التقبل
صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الاخر جاز فكذا هذا هو المذكور في عامة الشروح
وهو مخالف لما ذكره المصنف فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا وجاهته

يقبل وهذا بحذاقته يعمل انسب بشركة التقبل والله اعلم واذا كانت شركة لا اجارة لم تضر الجهالة
فيما يحصل كما في الشركة وقوله ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا اي ظاهر والوطاء الفراش والدثر جمع
دثار وهو ما يلقى عليك من كساء وغيره قوله ورد الزاد معنا وجواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى
المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه ووجهه ان
العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل
بالاطلاق ومعناه اطلاقا انعقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يتقيد بعدم
رد ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع والله الموفق

كتاب المكاتب قال في النهاية اورد عقد المكاتبة بعد عقد
الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه
يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز
عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع
والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على
مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب
المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي
عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مالها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا
وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك
بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات
اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرايط فكان انسب
بالتقديم والكتابة عقد بين المولي وعبده بلفظ الكتابة او ما يودي معناه من كل وجه
فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك
غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولي كذا في النهاية واما الاعتاق على مال
فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه يخرج بقوله بلفظ الكتابة او ما
يودي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى لان المكاتب بالعجز يعود رقا دون
المعتق على مال وشرطها ما هو غير حاصل من تعلق البقاء المقدر وشرطها
قيام الرق في المحل وكون المعنى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها في جانب
العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه
وثبوت الحرية اذا ادي بدل الكتابة وفي جانب المولي ثبوت ولاية مطالبة
البدل في الحال ان كانت حالة والملك اذا قبضه والفاظها الدالة على
ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال
جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت
حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قوله واذا كاتب المولي عبده او امته اذا

ذلك
كاتب المولي عبده او امته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد
صار مكاتبا اما جواز هذا العقد من المولي فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا
ودلالته على مشروعية العقد لا يخفي على عارف بلسان العرب سواكان الامر للوجوب او لغيره
ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم اخر خلاف المشهور عنه وهو ان الكتابة عقد ندب
ان يعمل او مندوب او مباح معرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار
بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه المكاتبة وقد علم المولي فيه خيرا
وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال وانما هو امر ندب هو الصحيح احتراز عما قال بعض
مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكورا
على وفاق العادة فانها جرت على ان المولي انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال ففي الحمل
على الاباحة الغاء الشرط بيانا لكونه للندب وتقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط
لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال
لان الندب به معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين
بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على البدن
واما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل
البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي في
عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادي وعند
ابن عباس يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة
عند ذلك يكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادي قيمة نفسه
وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار وهو لا يعتق اذا ادي
جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولي اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي
لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر
لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان
تؤديها الي وكل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد يثبت
من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية
الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك به
وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع
وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان الظاهر قوله تعالى
واتوهم من مال الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الاية
على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب وهو
مطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله امرنا ان نعطي المكاتبين
من

8

من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى
اعطاء والمال الذي اتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله
على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا
يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر
المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة الندب لما تقدم ويجوز ان
يشترط المال حالا بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا او مؤجلا او منجما ومنجما عندنا
وقال الشافعي رحمه الله لا بد من تنجيمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان من
خروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد اهلا لملك المال والعاجز عن التسليم
لا بد له من اجل يقدر به على البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر
عليه لما رضي باخس البدلين فلا بد له من اجل اجاب بقوله بخلاف السلم على اصله
لانه اهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام
على العقد عليها فيثبت ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب اثبت لان
المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة
بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت ولنا قوله
تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو معتمد المعقود عليه والمعقود
به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن وبدل
الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل
والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من اصلنا
وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كرم
اذ العقد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه ان يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه
يرد رقيقا بالتراضي او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة
فليس الامهال فيه ظاهرا فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل
البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول
والتصرف نافع في حقه ولا حجر بالنسبة الى النافع وخالفنا الشافعي فيه وهو
اي هذا الخلاف منه بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوزه
لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف
اذا عقل العقد ونقصان رايه ينجبر براي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن
بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد
بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قوله ومن قال لعبده
جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا واخره كذا فاذا اديتها

فانت حر لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور يفيد كذلك فان قوله جعلت عليك
كذا او كذا على ان تؤديها اي بخوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولي بيناذن عبده الضريبة ولا
يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت فانت رقيق فليس بلازم وانما ذكر
لحث العبد على ادا المال عند النجوم والمكاتبة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الى الفا كل شهر مائة
فانت حر اختلفت الروايه في رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير
وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ
ابي حفص رحمه الله قيل في رواية لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو
قال اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص
الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ
يختص بالكتابة ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة قال واذا صحت المكاتبة خرج المكاتب عن يد المولي
ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن
يد المولي ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده
الحاصلة في الحال الى مالكية النفس نفسه التي يحصل عند الادا فان قيل ضم الشي الى الشي يقتضي
وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس
قبل الادا ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولي وجب عليه الارش ولو وطي المكاتبة لزمه العقر
فيتحقق الضم وليتحقق مقصود الكتابة وهو ادا البدل فيملك البيع والشرا والخروج الى السفر
طويلا كان او غيره وان نهاه المولي عنه ولا لان مقصود المولي وهو ادا البدل قد لا يتحقق الا
بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي
عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة وينعدم ذلك اي المساواة باعتبار
التساوي ان يتحرر العتق ويتحقق ان باحر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية
اليد فيثبت في مقدمته من وجه وهو اصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت
في الذمة مع المنافي اذ المولي لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا تصح به الكفالة فلو ثبت العتق به
ناجزا كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فاتت المساواة لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير
ايضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فاتت المساواة لان نوع مالكيته
ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان تحرر المولى عتقه عتق بعتقه لا بالكتابة المنعقدة
لانه مالك لرقبته فيجوز لها اتلاف ملكه ويسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجازا واذا
وطي المولي مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل
من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع معلقة
بالاجزاء والاعيان كانها الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم العقر
عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطي كاخذ المنفعة لتقدر بقدر الاستعمال
وليس كذلك لان الغاية ملزوم بالايلاج واحد وان جني عليها او على ولدها لزمه الجنايه وقوله لما بينا

اشارة

9

اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها **فصل** في المكاتبة الفاسدة وجه تأخر الفاسدة عن
الصحيحة لا يخفى على احد قال واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا ما يفسد به عقد الكتابة عليها
وذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد
نفسه او على دابة او ثوب او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا
بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه وكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة
جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم
والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما نذكره واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير
عتق سواء قال له ان اديت الي فانت حر او لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة وقال زفر
لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في
بعض نسخ الهداية الا بقيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين
الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا قيل اي باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في النهاية وهذا
الحكم الذي ذكره ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان
من حقه ان لا يخص ابا يوسف ولا يذكر كلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما
اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي
حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة
حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كانت الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها
الا اذا قال ان اديت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة ان الخمر والخنزير مال
في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست
بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء
عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق
فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا اتلف المبيع ويجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى
ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا اي وجوب
القيمة بالغة ما بلغت لان المولي ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى وفي القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة
بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شي والعبد رضي بالزيادة
سواء كانت في القيمة وفي المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى
عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل
اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا
بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما
اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل او امكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق
المسلم تسليمه ولم يذكر انا القيمة بماذا تعرف قيل تعرف باجماعهما ان تصادقا على ان ما ادى
قيمته فيثبت كون المودي قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب

والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق
ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان
يفيد البطلان فلا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله لعدم اثر الجهالة في الفساد اي لا في البطلان كما في البيع
فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما عتق
باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وبعض من الثوب عوض
والعوض يقتضي ان يكون مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته
بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مرادة بتقويم المقومين فان قلت فان ادى القيمة فيما
اذا كاتبه على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان مجهول
القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا يستحق هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة
وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فاما ان يتعين
بالتعيين كالفرس والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيز او لا فان لم يجز فاما ان يملكه
المكاتب بسبب واداه الى المولى او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال
كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتتعلق بدراهم في الذمة
وان تعين فهو ان لم يجز ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز
حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه
ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة
العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال ووجه
الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد
يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك من جواز الكتابة
الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا يكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود
وليس الكلام فيها وانما هو في العين فتصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع
فيشترط القدرة عليه قوله بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله كما اشبه الصداق وذلك لان
القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل قال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز
نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل ومخلصه معلوم
وان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة
فان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة
وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال
من العبد فصار العين من اكسابه وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة
على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه
لغيره والجامع بين ما اجاز المالك وبين ما لم يجزه ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لا
يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها

اي

اي المكاسب لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا
كان البدل عينا معينة لغيره والمسألة فيه اي فرض المسألة في ذلك على ما بينا ان مراده شيء متعين بالتعيين
وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه وان لم يجز ولكن ملك
المكاتب المعين بسبب واداه فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف عنه وروي عن ابي يوسف ايضا انه لا
يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت فانت حر فحينئذ
يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى
مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان
في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية اخر كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسألة الكتابة على الاعيان وهي
التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهى
ولم يذكر ههنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز
انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك
المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على
دراهم او دنانير في يد العبد بان كان ماذونا في التجارة فاكتسبت جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها
اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال واذا كاتبه على مائة
دينار واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها
حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وهذا
بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود وقالا
بالموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم
غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس
والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركي
او هندي ولا الوصف انه جيد او ردي جازت وينصرف الى الوسط من ذلك النوع والجنس
وقدر ابو حنيفة رحمه الله في العبد بما قيمته اربعون دينارا وقالا هو على قدر غلاء السعر
ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة
عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما
ينصرف الى الوسط لان الاصل ان الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان
ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر
على قبول القيمة لانه قضا في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل
من حيث ان البدل يعرف بها وقد مر في النكاح فصار كانه اتى بعين
المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان
مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال

كاتبتك الى الحصاد او الدياس او القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنهما اجاز الكتابة
على الوصف وهي جمع وصيف وهو العبد الخدمة وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانها معاوضة
فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول والاجل المجهول
لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث
ابتداؤها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة ملك بمال والكتابة معاوضة مال
بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال
وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي ان مبنى
كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف
البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل
ان يقول دابة او ثوب لم تجز الكتابة لانها تشتمل اجناسا وكذلك الثوب
فتتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع
الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان
العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشرى العبد والجواب ان اللفظ
ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في
الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منع
فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح
قال واذا كاتب النصراني عبده واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار
من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر
لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الغرض ان الخمر
غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة
فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم
غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم
الذمي فانه لا يمنع من ان يسترد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا
من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما
اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض
لان الخمر كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح
عوضا في المبيع بحال فيفسد ويصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف اي عبد للخدمة
واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد
بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية
في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة
واذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد

مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما سبق في اول هذا الفصل
انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق العتق باداء البدل
المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي انه لو ادى الخمر لا يعتق وكان في العتق باداء
الخمر روايتان والفرق على احدهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى
مولاه فانه يعتق ان في هذه المسالة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق للخمر بدل هذا العقد
لان العقد انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا
والخمر بدل فيه وبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسالة المسلم وقع
العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقيت
بدلا عتق باداءها

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز
له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم
هذه المسالة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى
ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله
ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ثمة ووجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف
لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه
ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقيد بمكان
ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل وهو الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان
العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل فان قيل هذا يقتضي بطلان
العقد يعني ان الشرط الباطل للكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما
اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وههنا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل
الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة وهذا الى التفصيل لان الكتابة اشبه البيع من حيث
المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالها الفسخ قبل الاداء واشبه النكاح من حيث انها معاوضة
مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد
عملا بشبه النكاح وبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول ان الكتابة في جانب
العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما
سقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة
وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال
والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود مقصود
المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للاداء وذلك نيل
الحرية والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا اذن
له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه ظاهر

والمجاهر عند العامة هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر
المتاع وربما قرئ فيه بحرف الجاهر كذا في المغرب ولا يشكل لما ذكر بنوعيه يعني في الحال سوا كانت
امر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى
ادى صار مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة
في حقه فكان ككفالة المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك
ولا يضره اجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو مخل بالاكتساب
الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب للمملوك مثل ما
هو ثابت له يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيا جاز ان يملكه غيره كالمستعير يعير بخلاف
الاعتاق على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب الاول فان العتق يحصل له في الحال
بنفس القبول من غير توقف على ادا المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو
لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل ادا الاول عتق الثاني لتحقق
شرط عتقه وولاؤه للمولى لان فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كاتبه
المولى الاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملحقا للمولى كالاول وصح اضافة الاعتاق
اليه في الجملة يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستيمان على
مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العتق لعدم الاهلية بكونه رقيقا اضيف اليه اي الى المولى لكونه علة
العلة كالعبد اذا اشترى شيا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول
بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولا اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة وقيد بقوله مباشرة ليلا يرد جر الولا فان
مولى الجارية ليس بمعتق الولد مباشرة بل سببا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى
السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال جر الولا الى
قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولا وهو
الاصل فثبت له قال وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او
من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر هنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث
فبعض له لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله
على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال قوله وكذلك الاب والوصي ظاهر
وقوله ولانه اي تزويج الامة والكتابة نظر اما في تزويج الامة فلما مر انفا واما في الكتابة فلانه بالعجز
يرد رقيقا قنا بما كان العجز بعد ادا النجوم وذلك لا شك في كونه نظرا وقوله فاما الماذون له فظاهر
وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب
عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وعن ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف
دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله هو يعني ابا يوسف قاسه على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان
يزوج الامة فكذلك الماذون له والعنن بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان الماذون له جاز له
ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبر مترادفان وقيل استعمل القياس في

العنين

العنين اي الماذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العنين ظاهرة
اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست
الا من حيث التعليه لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس
ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين شيئين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته ولهما ان الفرق بين الماذون
له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك
الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا
وقوله ولانه اي التزويج دليل اخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال اولى
من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا ايد لان التزويج
ليس من الاكتساب لا يملكه هولا اي الماذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم
تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال **فصل** لما فرغ من ذكر مسايل من هو داخل تحت
الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسايل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعه والتبع
يتلو الاصل قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وقدم الاب في الذكر هنا على
ابنه التعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب سوا كان مولودا في الكتابة
او مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية
فانه يحرم بيعه حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال الحيوة ويقبل
منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود
في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته
لا حالا ولا موجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا
ولبقي كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابة الداخل
بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشترى في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب
عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شي واذا اعتق الصغير سقط
من البدل ما يخصه اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل المعقود قبل دخوله في الكتابة
واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط
ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من يليه وعنه ولا دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل
الاعتاق حصل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له
لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة
ينتظمها ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة رحمه الله ان المكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك
لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد
لا في غيره الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يخاطب بنفقة الاخ الا على الموسر
ولان هذه اي قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد
والمتوسط الشين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين واعتبرناها بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر

اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاولى اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم
يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا
ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه
واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما
قال واذا اشترى ام ولده امراة المكاتب التي اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه
فملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة
للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولد
خلافا لابي حنيفة رحمه الله له ان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على
اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فضله معه فهو له وان عجز عاد وهو وماله للمولى وكل موقوف
يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما
لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع
فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد لما عليه ويدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه
ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في اول الدليل فتخصيص نفيه
بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر
وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملك الاب وقوله
والقياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد المكاتب ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى
يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان
المكاتب لا يملك التسري فمن اين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك
التسري لا يحل له وطي امته لكن ان وطي وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس
لاحد الشريكين وطيها لكن ان وطيها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حرين تكاتب
ولدت ولدا فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها
ولا يضمن من قيمة الولد شيا لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر بما له من الملك في
نصفها ههنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلوق وثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع
تبعا لثبوت حق الولد قوله وكان حكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد لوالده
لان كسب الولد كسب كسبه اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص
المكاتب بكسب ولده ولذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق
امتناع البيع ثابت فيها موكدا فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية
في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق لتسري الى الاولاد فقوله موكدا اشارة
الى ذلك احترازا عن ولد الابقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الابقة
غير موكد اذ الاباق مما لا يدوم ولذا بيع المستاجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بهما
امتنع بيعها الا برضى المستاجر لكنه ليس بموكد فقوله القارة احترازا عن مثل هذين

تبعا

الوصفين وقوله الشرعية احترازا عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسرى
واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه قال ومن زوج امته من عبده هذا
ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد
داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا
استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكسبه لهما اي
في دخول ... تبعها او في الكسب تبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب
وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها حيث يقرض منها بالمقراض وان تزوج المكاتب باذن مولاه
امراة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم الكاتب بقيمة يودها
الى المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة
لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد
فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد حر هكذا في المبسوط
وفي شروح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده متاخر الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف
رحمه الله بقوله لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الى اخر ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها
عنه لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل
في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة
رضي الله عنهم وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك
مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو
العقر واللاحق بالمتحق بالتاخر يتعلق على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة فوطيها بغير اذن
المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه لتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه
العقر يوخذ به في الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق وان وطيها على وجه النكاح لم يوخذ به حتى يعتق فيما اذا
كان بغير اذنه وحكم الماذون له كذلك قنا كان او مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تعرض الكتابة
اوجب الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك
النكاح وما في كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح **فصل** مسائل هذا الفصل نوع اخر من جنس مسائل
الفصل الاول ففصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت
مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان
للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تخير لانه
لهما جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء
جاءت به لستة اشهر او لاكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير
وانه يملك تحرير ولدها من غير قصدا فلا يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى قوله وماله من الملك
دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى وتدفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في الكتابة ناقص
فلا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون

المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته ثبت نسبه فلان ثبت من المولى اولى فان اختارت
الكتابة ومضت عليها اخذ العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قد منا ينبغي
قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم
ان مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما نذكره
فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وهذا انه بقا الكتابة اجيب بان الكتابة تشبه
المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال
لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلثا يبطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة
فعلنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط
وان ماتت وهي وتركت مالا تودي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة
وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر وهي ماضية على الكتابة لم يلزم
المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما ثبت بالسكوت اذا لم يكن محرم الوطي وهذه
محرم وطيها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز واذا
كاتب المولى ام ولده جاز لان الكتابة لتتوسل بها الى ملك اليد في الحال والحرية عند ادا البدل
وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان نجاز الانتقال
احدهما تقتضي العتق ببدل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت لهما فكانتا متنافيين
لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق لعلهما على سبيل البدل وعورض بان مالية ام الولد غير
متقومة عند ابي حنيفة فكيف تقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة
والكتابة لرفع الاول في اول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان تقابل ببدل متقوم وان لم
يكن متقوما كملك القصاص اذا عفى بعض الاوليا فانه تقابل حصة الاخرين بالمال فان مات المولى
عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل
العتق عند الادا فاذا عتقت قبله لم يكن توفير العرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها
فلا فائدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب
ولقايل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب
ان معنى كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبار احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفا البدل
والثاني ان يبطل بايتائها به وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده
ويخلص ما بقي من اكسابه وحيث احتجنا هنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني
دون الاول ضربا اليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة
ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفين لان للكتابة جهتين جهة
هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل للثانية بالاولى وللاولى بالثانية فتاملة فلعله سديد ولو ادت
المكاتبة بالنصف اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو سديد مضاف قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من ام الولد ووضعها في

المبسوط

المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية
لا حقيقتها وانتفا المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت
بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لانه وفي جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد وضح كلامه
بعرض لبعضه زيادة ايضاح قوله تخير لا في التخيير فائدة وان تخذ الجنس لجواز ان يكون
احد الاكثر المالين تيسيرا باعتبار الاجل واذا اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله
وجب عليه احد البدلين فيختار الاقل فقد اعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها
بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد
حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فنسعها لذلك فلربما يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه قوله
انه قابل البدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والكل قابل لها كالعتق
فتصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه
سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله فصار كما اذا اخر التدبير عن الكتابة وصورته ان يكاتب
عبده اولا ثم دبره ثم تموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي
المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا اي مكشوفا بينا لا يخفى
على احد لان اخراجها عن الملك لغير الاعتاق غير صحيح فان اعتقها خرج عما حق فيه وان مات
قبله فكذلك وان مات المولى عن مال يخرج من ثلثه فقد استحقت الحرية كلها وان لم يترك غيرها
فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر البين ان الانسان لا يلتزم المال
بمقابلة ما يستحق حريته فتعين ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شي ولقايل ان
يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين
لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف لانه لا يقول بتجزي الاعتاق واما على قول ابي حنيفة
رحمه الله فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يبقى بعضه غير حر
ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له وقوله اذ لا استحقاق عنده
اي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته
من بدل الكتابة وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا انه يلاقيها جهتي حرية ولها الخيار ان شاءت
مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة من جانب
المملوك لان العقد والكتابة على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله ان
يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي
مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وعندهما في الاول منهما فاختلفوا هنا في الخيار بناء على ما ذكرنا
من تجزي الاعتاق واما المقدار فمتفق عليه ولمحمد مار على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما
بين هذه وما تقدمت ما بينا ان البدل ههنا مقابل بالكل الى اخره قال واذا اعتق المولى مكاتبه
واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على ان ما كان وسيلة الى المقصد
شي وحصل ذلك الشي من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب

المهر فلا يستقل الفسخ اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا
العبد واللزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه كما لو باعه المولى او اجره برضاه
والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل فانه اذا رضي به بغير بدل فلا بدل يكون ارضى وقوله
مع سلامة الاكساب له لانا نفي الكتابة في حقه تبقى الاكساب على ملكه نظرا اليه وحينئذ
صار الظاهر كالمتحقق الواقع باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال
لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة
واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت اسقاطا
لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين
الحرين وقد مر في كتاب الصلح ولذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير الف الى سنة فصالحه على
خمسمائة معجلة وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا وكان
اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن به ربوا وفيه بحث
لان المال ما يتمول به وهو بصفة الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطي له حكم المال
ليس بمستقيم لفظا ومعنى اما لفظا فلان اعطى يتعدى الى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام واما
معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان اراد بقوله فاعطي له حكم المال حكم المال من
كل وجه فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب
ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به ويحرز صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما
المراد به ما يتأتى به وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء
عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطى معنى اعتبر وكان معناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشي يجوز ان
يكون جهته في شيء ولا يكون معتبرا فبين انه اعتبر لان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما
تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه مبادلة الاجل ربوا من وجه ففيه شبهة
الربوا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه
عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة لا شبهة شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على
واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز
الورثة الاجل لان المريض يتصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يؤدوه دفعا للضرر تاخير حقهم الى مضي
الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الالف وثلثمائة وثلثة وثلاثين
درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان
يترك الزائد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار كما اذا
خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل فلو قال لان له ان يترك الزيادة

ويلزمه الالف فله ان يؤخرها كان احسن هاهنا ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل اجراء احكام
الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المطالبة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع
المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مما يتعلق
كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه
فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال
وعلى هذا الاصل خلافا ثم اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز
الورثة التاجيل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع
وعنده يعتبر الثلث لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة
وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر
وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه
في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في
ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التاخير

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالتابع فيها وقدم
احكام الاصل لان الاصل في تعرف المراد ان يكون بنفسه قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم
قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل
فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك
على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا
قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القابل
وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة
من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في
الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان
يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا
وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان
انه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق على اداء القابل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في
لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما
له وفيما عليه وهاهنا لا يتوقف فيما له والجواب ان ما له هاهنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول
وما عليه التزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره
بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترده ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية يطلع
عليه قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف
درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره

وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتدا جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداها
وليس عليهم من البدل شي فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لان الاولاد تابعة لها من كل
وجه حتى ان الولد لو اعتق الاولاد لم يسقط من البدل شي ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام
بخلاف العبد الغايب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى
ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغايب واذا اعتق
الغايب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من تقود ما هو تبع
محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرت يجوز ان
يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض
من غير نظر في ان يكون فيه جهة اصالة اولا تصحيحا للعقد ونظرا للكاتب ولاشماله على
المسامحة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله اي فللمولى ان ياخذ العبد
الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شي لانه تبع
فيه وهذا يدلك على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه
قوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في اول المسلة فان ادى الشاهد او الغايب عتقا
لكنه اعاده تمهيدا لقوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب
فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شي من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه
منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن
على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان
الحاضر قضى دينا عليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغايب هنا كالمعير مضطر ولهذا يرجع على
المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطر البدل فالجواب انه كهو في جواز الادا من غير دين عليه
لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شي حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضه
ان يحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة
وربما فاته لو لم يرده فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس
للمولى ان ياخذ الغايب بشي لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه
بشي والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغايب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة
نافذة على الحاضر من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان ياخذ شيا من بدل الكتابة
كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا
كاتبت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسلة في الامة اشارة الى
ان الحكم في العبد والامة سوا فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب
عليها فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم
ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة

واولادها تبعا على ما بينا في المسلة الاولى وذلك ان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكذلك
الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا احدهما ينبغي ان لا يعتق
الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداوه كادا الام لانه
تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما فتل وهذا فايدة وضع المسلة
في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد
على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى واقول
ولعله اشار الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان قول الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع
لها بخلاف الاجنبي واري انه الحق

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال واذا كان العبد بين شريكين
اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الالف ثم عجزت فالمال الذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله لا هو مكاتب بينهما وما
ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة يجرى عنده خلافهما كالاعتاق لانها تفيد
الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة اما ان يعتبر فيها
معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعلق العتق باداء المال ولو وجد شي من ذلك من احد الشريكين
بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فمن اين للكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عن حل واحد
من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه
وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه
انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا ينفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي
وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع
نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ
اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين قوله واذنه لم يقبل البدل بيان لاختصاص المكاتب
بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالادا من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا
بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد
اي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه سعى للشريك لم يرجع فان
قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك
البيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيا بخلاف
البايع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما
ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف
وهو البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب
وكان المصنف مال الى قولهما حيث اخره قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها واذا كانت
جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وسقط

نسبه ثم وطيها الاخر فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد كلها
للاول بطريق التبين لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه
ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد
الا بتمليك نصيب صاحبه والمكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الكتابة والتدبير يمنع
الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة
ولا ترضى بحرية اجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتحمل الفسخ بنفعه لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة
واذا ادعى الثاني ولدها الاخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان
الظاهر ان تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت
الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام الولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق
ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة
ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر
وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كان ملكه قائما ظاهرا
كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه بالحر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم
كمال العقر لانه وطي ام ولد الغير حقيقة فان قيل ينبغي على هذا ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند
ابي حنيفة رحمه الله لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب ان هذا
على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عن ابي حنيفة رحمه الله في تقوم
ام الولد روايتان فيكون الولد مقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة وانها دفع العقر الى المكاتبة يعني
قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد
الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله هي ام ولد للاول وهي مكاتبة له تعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول
الولد الاول وهي صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد
طلب الولد وانه يتبع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما ثبت به ولهذا يكمل في القنة بالاجماع وقد امكن
ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة ويبقى امومية الولد
لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة ويبقى الكتابة فيما وراءه
اي فيما وراء ما لا تتضرر وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها قوله بخلاف التدبير جواب عن
قياس ابي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان امومية الولد يستكمل ما امكن
ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة
المشتركة بينهما صح استيلاده قوله وبخلاف بيع المكاتب قيل هو جواب عما يقال هلا تفسخ الكتابة
في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما تفسخونها في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع
ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلنا ما تتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما
تتضرر لا يصح ويجوز ان يكون سابالة لقوله ويبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا تتضرر به فان

المكاتب

المكاتب يتضرر به فيبقى الكتابة فيما كانت قوله واذا صارت كلها ام ولد يتصل بقوله صارت كلها ام
ولد له وتقريره لانه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطي
ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة
وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة رحمه الله وانها بقي مكاتبة بينهما فيما يتضرر
به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على واطي مكاتبته ويلزم جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احدى
الغرامتين وقوله واذا بقيت الكتابة متصل بقوله وبقي الكتابة فيما وراه وتقريره وبقي الكتابة فيما
وراه واذا بقيت الكتابة فصارت مكاتبة له اي للاول قيل وهو حر اذا بقيت يجب عليها نصف
بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل
وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ
الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط
نصف البدل وقوله وفي النهاية يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب
وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان تنفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف
البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في
الكتابة عدم الفسخ والكتابة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في
الرق يرد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل ابي حنيفة رحمه الله قال ويضمن الاول
الشريك في قياس قول ابي يوسف اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما
نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف رحمه الله موسرا كان او معسرا
لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف
قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف
البدل على اعتبار الاداء فليتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي
من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه
نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة
الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه
وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها
مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه
قد ذكرناه واذا كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك
اما عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من
وقت الوطي وتبين انه اي التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك لا الغرور وهي ام ولد
الاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل قول ابي حنيفة وهو قوله
وتبين ان الجارية كلها ام ولد الاول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه نصف عقرها
لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو يملك بالقيمة والولد ولده

الاول لانه تحب دعوته لقيام المصحح وهو الملك في الكتابة وهذا قولهم جميعًا الا ان الاختلاف مع
بقاء الكتابة وههنا ما بعد لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك المدبر فيها
فلا يصح تدبيره ووجهه ما بينا اي في تعليل القولين اما طرفا ابي حنيفة فقد ذكرنا انفا من قوله
وبين ان الجارية الى اخره واما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له الى اخره وان
كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كانها
لم تزل قنه والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف في الرجوع فان
عند ابي حنيفة رحمه الله اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي
الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله الساكت مخير بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى
العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع
الاعسار وغيرهما يعني الولاء وتردد الاستسعاء فان عند ابي حنيفة ان اعتق الساكت او استسعى
فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعًا واما تردد الاستسعاء
فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرًا يضمن نصيب الساكت وان كان
معسرًا يسعى العبد لنصيب الساكت وابو حنيفة يراه كما هو مسئلة تجزي الاعتاق كما تقرر في
العتاق هذا اذا عجزت فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة خلافًا لهما وهو واضح
وبناه ايضًا على تجزي الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب
الساكت ما لم يعجز فان اثره حينئذ ان يجعل نصيب الساكت كالكتابة وهو حاصل واما
يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة موجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق يختلف
باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما واذا كان العبد
بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فالمدبر مخير بين تضمين المعتق نصف
قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان اعتقه
احدهما ثم دبره الاخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه
ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الاخر لم يبق له خيار
التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه
لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضًا كما هو مذهبه فان ضمنه
ضمن قيمة نصيبه مدبرًا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم
المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع انواع ثلثة البيع وما اشبهه في كونه خروجًا عن
الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعًا بالمنافع كالاجارة
والعارية والوطي والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والعتاق
من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك كما اذا غصب مدبرًا وابق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه

اولا

18

او لا يعني المسئلة الثانية كان للاخر الخيارات الثلث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان
العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة
التدبير يصير مبرئًا للمعتق عن الضمان لعني وهو ان نصيبه كان قنًا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه
اياه متعلقًا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فانه
نصيبه كان مدبرًا عند ذلك فلا يكون التضمين شرطًا لتمليك العين منه والحاصل ان الضمان
يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلًا للتمليك كما اذا اعتق ولاء وغصب القن
فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلًا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق
بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما يتعلق بالتمليك
سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئًا لصاحبه عما لزمه وبقي له
خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
اذا دبره احدهما يعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن
قيمته موسرًا كان او معسرًا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف
قيمته قنًا لان تدبيره صادفه وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق
لا يتجزى عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تاخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متاخرة عن
عقد الكتابة قال واذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما
يؤدي فيه من الوظيفة واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال
غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلثة نظرًا للجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت
لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال
لي بينة حاضرة يؤخر يومًا ويومين او ثلثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل
دون التاخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا
فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار بثلثة ايام والمديون بالجر عطف
على كامهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه امهلني يومًا او ثلثة ايام فانه يمهل
ولا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله
عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولقائل ان يقول
هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه ينفي الوجود عند الوجود فقط والجواب
ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو قال
ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق مبناه على المسامحة حتى كان
احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا ارفاق في الطلب عنده فلا بد من امهال مدة
ارفاق واولى المدد كذلك ما يوافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يود المال الان تحقق

العجز عن ادائها فيفسخ لوجود سببه التأجيل الذي اتفق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق
لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والضمير في تفسخ يجوز ان يكون
للمولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وان يكون للقاضي اي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك
النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يفسخه
المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء
فلم يكن تأخيرا قوله والاثار متعارضة جواب عن استدلاله باثر علي رضي الله عنه وبيان ذلك
انه روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الاثار
اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وصار الى ما بعدها من الحجة فبقي ما قاله من الدليل بقوله
ان سبب الفسخ قد تحقق الى اخره سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف خطابه لا يعارض المعقول
مثبت الفسخ به قال واذا اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال هاهنا ترك اداء وظيفة بدل
الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان
اي القاضي فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى
وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا ينفرد على الابطال
بانفراده تام ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج الى الرضا او القضاء كالرد بالعيب
بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية اخرى ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب
مكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد الفراغ عن استيفاء بوقوعه
احكامه فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري
بالفسخ بلا قضاء فكذلك هاهنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه وانما
قال ظهر لان كسبه موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له
والا فلمولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه
من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق
اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما
وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت
عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك
بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان
العتق ان ثبت فاما ان ثبت بعد الممات مقصودا او قبله او بعده مستندا الى حال
حيوته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل العتق ولا بد له من محل ولا الى الثاني لانه
مشروط بالاداء والفرض عدمه فيلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث
لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل

بموت

بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى بقاء العقد
لاحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان
اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول
وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بملائمته للعلل المنقولة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم والمعلل به وغير
ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم
الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وامثاله
فان يسر الله عليك ذلك بعض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك
الفوز العظيم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فيكون من الجملة الذين ظهر عند
ذوي التحصيل هذيه فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحيوة الدنيا وهم يحسبون
انهم يحسنون صنعا قوله بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب
كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان
العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب
لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب
ادعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في
جانبه واما المانع فلان الموت ينافي المالكية منه للمملوكية لان المملوكية ضعف والموت
لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فنزل
حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين
مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الكسب او تنفيذ الحرية باسناد
بسبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل يلزم تقدم المشروط على
الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم
ان العتق يتقدم على الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم
ان المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد قال وان ترك وفاء وترك ولدا مولودا
في الكتابة الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا لانه ق
لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى
فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله قيل له اما ان تؤدي
الكتابة حالة او ترد رقيقا هما اعتبراه بالمولود بجامع انه تكاتب عليه تبعا له ولهذا
ملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في اكسابه
ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما
ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه
دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء حيوته بطريق الاستناد

وبما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحريته ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون
ذلك يورث عن حر ولذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه
لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد
لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني اخر جزء من اجزاء حياته
على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال وان مات المكاتب وله ولد
من حرة ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد من
امراة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته فالمكاتبة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة
فلما انه من المال المسطور لان الدين باعتبار مآله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل واما انه
بالدين لانه لو ترك عينا لم يثبت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لموالي
الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضي به اي
بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر
حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد
بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان
الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع
من اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل
من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود
على موضوعه بالنقض قوله وان اختصم موالي الام الى اخر هو المسألة الثانية وصورتها
مات هذا الولد بعد اداء الاب واختصم موالي الام فقال موالي الام مات رقيقا والولاء
لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضي بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ
الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبني على بقاء الكتابة
واسقاطها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها
الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا اي بقاء الكتابة واسقاطها فصل مجتهد فيه
كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم نافذا انفسخ الكتابة لازمها وهو
احتمال جر الولاء المتقدم في المسألة الاولى لان ذلك جزء اللازم والشيء ينتفي بانتفاء جزئه قيل فسخ
الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما
يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس احد البطلان من الاخر واجبا بل صيانة القضاء
اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى من صيانة
كتابة اختلف الصحابة في بقائها قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه اذا كان
المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى وقبله فان كان الاول
فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد تملكه صدقة والمولى يملكه
عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين واصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما اهدت اليه



وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح
الفقير ما اخذ من الزكوة لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح
فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب
له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز
يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدا ولهذا نقض الاجارة
في المكاتب اذا اجر امته ظئرا ثم عجز وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى
عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد
الماذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته ظئرا ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس
في نفس الصدقة والا لما فارقها اصلا وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا وصل الى وطنه
والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اعتق
المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا
على قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدا بل كان له نوع
ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك كما ذكرنا انفا وههنا سؤال مشكل وهو ان ملك اليد للمكاتب
فان كان للمولى فاني يتحقق تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة
ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب
عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم
ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله تبدل العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك
يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اه اذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية
واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى
بين الدفع والفداء لان هذا اي احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب
الاصلي لا يترك الا بمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع
عنه حال الكتابة قائم اما عن الفداء فلما مر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاما
اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكما مر من عود الحكم الاصلي
اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به
بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضي به من موجبها دين في ذمته
يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان
دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون
الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد
يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه احق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي وعنه واذا
علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل

زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع
اليه ابو يوسف وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضا الا ان يقضي المولي عنه وهو قول
زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قايم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة
للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الي القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير
الي ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي
والمبسوط وعلي هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولنا القول بالموجب
وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع ولكن الكلام في انه قابل للزوال او لا ولا شك في قوله لامكان
انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فتوقف علي القضا او الرضي فان قيل قوله ولم
يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال
من غير توقف علي الرضا او الرضا فما وجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال
المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصل فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه
يتوقف الفسخ علي القضا للتردد واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان
الزوال فكان الموجب في الابتدا هو القيمة قال واذا مات مولي المكاتب لم ينفسخ الكتابة
حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضايه الي
حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولي لم ينفسخ كيلا يودي موته الي بطال حق غيره ويقال
له ادي المال الي ورثة المولي علي نجومه اي موجلا لانه استحق الحرية علي هذا الوجه والسبب
انعقد كذلك فيبقي بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولي لما كان صحيحا صح تصرفه بتاجيل
الكل لاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتب فان المكاتب يودي ثلثي القيمة حالا او يرد
رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتاجيل غير الثلث كاسقاطه قوله الا ان الورثة
يخلفونه استثنا من قوله ولا يغير قيل وكانه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية
وقد كان له حق استيفا البدل فصار للورثة وهو تغير فقال فيامهم مقامه في الاستيفا لا
يسمي تغيرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكان ان ساير الديون يخلفونه فيه ولا يسمي ذلك
تغيرا فكذلك دين الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك
بساير اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن ادم وان اعتقوه جميعا استحسانا وجه
القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان تغيير اعتاقهم ابرا عن بدل الكتابة فانهم
يملكونه بجريان الارث فيه واذا بري المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل
لا يصح في المكاتب بابرا بعض البدل فان قيل واذا ابري احد الورثة ابرا عن نصيبه قلنا يصح لانا نجعله ابرا اقتضا تصحيحا للعتق والعتق
جميع البدل ولهذا لو ابرا البعض وكذلك اي ابرا الكل لحق بقية الورثة والله اعلم كتاب
الولاء اورد كتاب الولا عقيب المكاتب لانه من اثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب
ترتيب الابواب علي النهج المتقدم المكاتب الي هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولا عن كتاب

المكاتب

21

المكاتب ليلا يتقدم الاثر والولا في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب
وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقها عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل
قال الولا نوعان تنوع الولا باختلاف السبب الي نوعين فالاول ولا العتاقة ويسمي ولا
نعمة اقتضا بقوله تعالي واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد
وسببه العتق علي ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق
استدلالا بقوله صلي الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وانما كان صحيحا لانه لو عتق علي الرجل قريبه
بالوراثة كان الولا له ولا اعتاق فجعل العتق سببا العمومه والثاني ولا الموالاة وسببه العقد علي
ما سنذكر قوله ولهذا يقال ولا العتاقة وولا الموالاة بيان لسبب النوعين فان كلا منهما مضاف
الي شيء والاضافة تدل علي السببية كما عرف في الاصول وقوله والمعني فيهما التناصر بيان معني
الشرعي قوله وكانت العرب تتناصر باشيا بيان وجود التناصر فيهما فان العرب كانت
تتناصر بها وبالحلف والمماحة وقد قرر النبي صلي الله عليه وسلم تناصرهم بالولا بنوعيه فقال
ان مولي القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولي الموالاة لانهم كانوا يوكدون الموالاة
بالحلف قال واذا اعتق المولي مملوكه اذا اعتق المولي مملوكه كان الولا له لقوله صلي
الله عليه وسلم الولا لمن اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب علي مشتق دل علي ان المشتق
منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به علي هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق
مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق قوله ولان
التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل علي الاثر الثابت به وهو العقل والميراث وتقريره المولي
ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم بحيث يغنم بنصرته
يغرم عقله والمولي احياه معني بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا تري انه لا يثبت
في حقه كثير من الاحكام التي تتعلق بالاحيا نحو القضا والشهادة والسعي الي الجمعة والخروج
الي العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه فكان احيا معني ومن احيي
غيره معني ورثه كالوالد فيصير الولا كالولاد والولاد يوجب الارث فكذا الولا ولانه يعني
انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم فقوله ولان الغنم يخدم الوجهين وكذا اخوه قوله
ولذلك المراة يعني يعني ان ولا معتقها لها لما رويناه من قوله صلي الله عليه وسلم الولا لمن اعتق
وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها معطوف علي قوله لما روينا يعني ذكره استدلالا
علي ثبوت الولا للمراة روي ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنة فجعل
النبي صلي الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولا الاعتاق بمال وبغيره والعتق
بغيرها او كتابة عند الادا وتدبيرا او استيلاد بعد الموت وسوا كان العتق حاصلا ابتدا او بجهة
الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها للاطلاق ما ذكرنا يعني قوله صلي الله عليه وسلم الولا لمن
اعتق وما ذكره من المعني المعقول فان شرط انه سايبة اي يكون حرا ولا ولا بينه وبين
معتقه فالشرط باطل والولا لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادي

مهما

ل

المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج الي الشرح وذكر مسئله جر الولا و ميز مواضع الجر عن غيره والاصل
في ذلك ان العتق اذا وقع علي الولد مقصودا لا يستقل ولاوه ابدا وان وقع تبعا للام ثم اعتق الاب
بعد ذلك لا يجر ولاوه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله
مقصودا فلا تبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او عتقت وولدت بعد العتق لاقل من سته
اشهر او ولدت احد التوامين لاقل من سته اشهر بيوم ثم اعتق الاب رجل اخر فكذلك لا ينتقل
الولا الي موالي الاب لان المولي قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الي جميع
اجزايها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من
سته اشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوامين لانهما يتعلقان معا
فان قيل الحبلي اذا والت رجلا والزوج والي غيره كان ولا الولد لموالي الاب فما الفرق
اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولا مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس
بمحل له وان اذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من سته اشهر فولاوه لموالي الام لانها لما ولدت
كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتي يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها
بعد عتقها فيتبعها في الولا فان عتق الاب وجر ولا ابنه الي مواليه لان الولا بمنزله النسب
قال صلي الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمه النسب الحديث ثم النسب الي الاب فكذلك
الولا والنسبه الي موالي الام كانت ضروره عدم اهليه الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد
الولا اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الي قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه
عاد الانتساب اليه ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولا اليه بما اذا اعتقت
المعتده عن موت بان كانت الاسه امراة مكاتب فمات عن وفا او اعتقت المعتدة عن
طلاق فجات بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولي لموالي
الام لم ينتقل عنهم وان اعتق العبد والجواب ان العود اليه بعود الاهليه ولم تثبت
بهذا العتق للاب اهليه لتعذر اضافه العلوق الي ما بعد الموت وهو ظاهر والي ما بعد
الطلاق البائن لحرمة الوطي ولذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانها
اذا جات به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الي اثبات
الرجعه لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الي اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر
اضافته الي ما بعد ذلك استند الي حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق
مقصودا ومن عتق مقصودا لا يستقل ولاوه كما تقدم وتبين من هذا انها اذا جات به لاقل من
سته اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولي للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جات
به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي
فولا الولد لموالي الاب لتصيره مراجعا وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله علي بيان الفرق بين
الفرق بينه وبين ولد الملاعنه وكلامه واضح قال ومن تزوج من العجم معتقه من العرب
تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد معتقه العرب فولدت اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد

رحمهما الله

رحمهما الله وابو اليهم لهم لا لذوي ارحامه حتي لو ترك هذا الولد عمه او خالة لم يكن لهما شي
في وجود معتق الام وعصبته وعند ابي حنيفه رحمه الله حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولا عتاقه
وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقه فانه لا
يكون ولاوه لموالي امه لان النسب الي الاباء فان قيل لما كان النسب الي الاب وجب
ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معني لانه لا يملك
شيا ولانه اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالي ومن كان ميتا فاحييناه فصار
حال هذا الولد في الحكم حال من لا اب له فينسب الي موالي الام وهذا المعني معدوم
اذا كان الاب حرا لان الحرية حيوة باعتبار صفة المالكيه والعرب والعجم فيه سوا
ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعني قوله حتي اعتبر الكفاءه فيه ان الناس يتفاخرون
بالعتاقه ويعتبر ونها في الكفاءه فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان
فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم
بعمارة الدنيا حتي جعلوا من له اب واحد في الامانة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال
المصنف رحمه الله الخلاف في مطلق المعتقه وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقه
مطلقا حتي لو تزوج بمعتقه غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقه
العربي اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا رحمه الله ذكر المعتقه مطلقا
ولاشتماله علي ولا الموالاه وذلك واضح في الكتاب قوله كالمولود بين واحد من الموالي
يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربيه فولدت اولادا فانها تنسب الي قوم ابيهم
فكذا اذا كانت معتقه لان النسب الي الام ضعيفه وقوله وان كان الابوان اي
الوالدان معتقين راجع الي قوله الخلاف يعني ان كانت الام معتقه والاب والي رجلا
ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجتمعوا ان النسب الي قوم الاب
لاستوايهما والترجيح لجانبه لتشبهه بالنسب قال صلي الله عليه وسلم الولا لحمة
كلحمة النسب وفي حقيقته يضاف الولد الي الاب في الشرف والدناءه فكذلك في الولا
او لان النصرة به اي بالاب اكثر قال وولا العتاقه تعصيب العصب هو جعل الانسان
عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثي وهو اي مولي العتاقه احق بالميراث من العمه
والخالة لقوله صلي الله عليه وسلم للذي اشتري عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك
ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك
وارثا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك
بالمجازاه علي صنيعك فهو خير له لانه انتدب لما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك
بعض الثواب في الدنيا فيقصر بقدره من ثواب الاخرة وان كفرك فهو خير لك لانه
يبقي ثواب العمل كله في الاخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل علي
ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي صلي الله عليه وسلم ابنه حمزة

رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله
عليه وسلم اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي ياخذ ما
ابقته الفرايض واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي
الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات على ما قالوا
ان المراد بقوله ولم يترك وارثا وارث عصبة اسند لا لا باشارة الحديث كما قلنا
في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة فاخر عن العصبة
ذوي الارحام وان لم يكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اي تاويل
قول القدوري هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد
فرضه وذكروا لهذه الجملة تاويلين احدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال
العرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل
هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شي والثاني معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا
كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه
لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما رويناه وهو اشارة الى قوله
ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا اشارة الى قوله
لانه عصبته يعني انما كان عصبته لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسب اي القبيلة
وتقرير العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في اول
كتاب الولا وهو قوله وكانت العرب تتناصر باشيا وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولا بنوعيه
وقوله والعصبة تاخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تاخذ الباقي
فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته كما ذكرنا في الكتاب وقوله ما قدمناه
اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب ولا ابنه وقد ذكر
جر المعتق ومعتق في النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة قوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول
على ثبوت الولا ممن اعتق واعتق من اعتق وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة
المعتقه وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شي ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب
بالولا وينسب اليه من ينسب الى مولاها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولا وفي ذلك
لا فرق بين الرجل والمراة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الا بالان سبب النسبة فيه الفراش
والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمراة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى
بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولا لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب
وانما الولا باعتبار النصرة فيجعل فيه من يكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث
حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولا للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امراة اعتقت
عبدا ثم ماتت العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال للاب
السدس والباقي للابن لان الابوة يستحق بها كالبنوة لان الولا يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند

عم



23

عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يحرم وما عن ميراثها فكذا عن ميراث
معتقها ولهما ان اقرب العصبات تقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون
الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه اباه
واخاه لاب وام او لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات
فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امراة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات
العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان
عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها
وابنها ليس من قومها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن
لان الولا للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى
الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا الا ترى ان للمعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا
وكبيرا ثم مات المعتق فالولا بينهما نصفان لاستوايهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلب
اقرب فيستحق بجميع **فصل** في ولا الموالاة اخر ولا الموالاة عن ولا العتاقة لان ولا
العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان اقوى بخلاف ولا الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل
العقل ومعنى الولا قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولا ان يتقدم رجل
ويسلم على يدي رجل ويقول له او لغيره واليتك على انى ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي
عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه وله ثلاث شرايط احدها ان يكون مجهول النسب
بان لا ينسب الى غيره اما نسبه غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولا عتاقة ولا موالاة
مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقل عقل الاعلى وحريته
فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرايط ثلاثا اجيب بان المذكورات انما هي الشرايط
العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم نذكره واما حكمه
فهو وجوب العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير
وارث وكلامه في الفصل واضح فلا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو اولى
منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى
بكل ماله لاخر وليس له وارث معروف واجيب بانه جعله بعقد الولا وارثا عنه وفي سبب الوراثة
والقرابة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد
الولا مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى
معه بهذا السبب في شي من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا
فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح
استحقاق القريب عليه وخلا قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بحضور الاخر كما في عزل
الوكيل فانه اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل
بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى

لاه

يط

اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب بان سبب الاشترا
ط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما لما انعقد احدهما الزام الفسخ على الاخر
بدون علمه والزام شي على الاخر من غير علم به نفسه ضرر لامحاله لان فيه جعل عقد الرجل العاقل
البالغ كلاعقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلا قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل
الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصود الايصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي
وكله ببيعه فانه اورد عليه لماذا اجعل صحة العقد مع الثاني موجبه فسخ العقد الاول
واجيب بان الولا كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذا
الولا تعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في
النهايه

كتاب الاكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن
حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة
الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان
على شي يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه في اصطلاح الفقها عما ذكره بقوله
اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقا اهليته وتفسيره ان
يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختيار او مع عدمه
وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضى وهو اشارة
الى القسم الاخر لكن لابد من تقدير لا في او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلثه
وموضعه اصول الفقه وقوله مع بقا اهليته اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب
لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا واما شرطه وحكمه
فيأتي في اثنا الباب قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به شرط الاكراه
حصوله ممن قادر على ايقاع المتوعد به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه
انه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على ما دعي اليه من المباشرة فاذا حصل بشرايطه ثبت حكمه على ما
سيجي تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقق
ما توعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة
سيان عندهما والذي قاله ابو حنيفه رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له
والقدرة لا يتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه الا السلطان ثم بعد ذلك تغير اهل
الزمان فاذا اكره على بيع ماله او شرا سلعة او الاقرار بمال له او اجارة داره بالقتل او قطع عضو
او بالضرب الشديد او بالحبس فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو
بالخيار ان شا امضى وان شا فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشيا يعدم الرضا وانتفا الشرط يستلزم انتفا
المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالي به

نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستضر به فهو اكراه لوجود العلة
حينئذ وهو فوات الرضا قوله وكذا الاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشيا وذلك
لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب
لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالف بضرب سوط او حبس
يوم فاقر فهو اقرار كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب اي عز ومرتبة فان الشرفا
والاجلة من العلما والكبرا يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد اكثر ما يستنكف
غيرهم من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك
على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا
وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف على
الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا
الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وتاثير انتفا
الشرط في فساد العقد لا غير كانتفا المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع
بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم
قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن
نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في ساير البياعات الفاسدة فان قيل لو كان
كساير البياعات الفاسدة لما عاد جايزا بالاجازة كهو اجاب بان اجازة المالك رفع المفسد وهو
الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سايرها فان المفسد فيه باق قوله الا انه لا ينقطع
به استثنا من قوله كما في ساير البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه شرا
فاسدا لم يبق للبايع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبايع وان
تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته فاما ههنا فالرد لحق العبد وهما
سوا فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله ومن جعل البيع الجايز المعتاد
يريد به بيع الوفا وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من
الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا بكذا على اني اذا دفعت اليك
ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جايزا مفيدا بعض
الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره
المصنف واشار اليه بقوله البيع الجايز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع
المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم
من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعا
ني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك

من عينه والدين ساقط بهلاكه في بيع اذا كان وفا بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه
وللبايع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا
بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخه بغير رضا صاحبه ولو اجاز
احدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله هو المعتاد انهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا
الوجه بل يجوزونه الى ان يرد البايع الثمن الى المشتري وثم المشتري يرد المبيع على البايع من غير امتناع
ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع او هبة ولهذا سموه بيع الوفا لانه وفي بما عهد
من رد المبيع قال فان كان قبض الثمن طوعا اذا قبض البايع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه
دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام
الاجازة وكذا اذا اسلم المبيع طايعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة
بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهبه كرها ودفع طايعا حيث يكون العقد
باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع
وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمتها والفرق بينهما ان مقصود
المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا بمجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض
وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه اي
الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قايما في يده لفساد العقد فيكون
الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما
يوجب الضمان اذا كان للتملك وهنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان هلك
المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته للبايع لانه مضمون عليه بحكم عقد
فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة والمكره بالخيار ان شا
ضمن المكره لان المكره اله له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح الة له من حيث التكلم فان
التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البايع الى المشتري وان شا ضمن المشتري
لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب
الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البايع باداء الضمان وان
ضمن المشتري يعني اي مشتر كان بعد الاول نفذ كل شرا كان بعد شرايه لو تناسخته العقود
اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت
الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقي الترديد من
تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من جهة الاصالة فان
قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ هاهنا
على ما كان بعده وعم الجميع هنالك اجاب بقوله لانه اسقط حقه يعني في صورة الاجازة
وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة

المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان الغصب
لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته
احد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره
فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره
في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول او الاخر فلهذا تنفذ
البيوع كلها باجازته عقدا منها والله اعلم فصل لما ذكر حكم الاكراه الواقع في
حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله وقدم الاول لان حق
العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجي وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو
من الاعضا وغير الملجي وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والقيد الاول معتبر شرعا
سوا كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كان المكره فعل
ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك
والا فهو معتبر وعلى هذا ان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر بحبس وضرب يسير
لا يخاف به تلف النفس او العضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف
منه على نفسه او على عضو من اعضايه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير
لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراها
ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب
على ظنه ابيح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الملجي يمتاز من
غيره بغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس فيه نص مقدر
فيعتبر فيه غالب راي من ابتلي به ولا معتبر بمن قدر في ذلك ادنى الحد وهو اربعون فقال
ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير يقام على وجه
الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصيب المقدار وهو لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به اي
قتلوه او اتلفوا عضوه لم ولم يتناول وعلم بالاباحة فهو اثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة
هذه الاشيا كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض حفظا للدم فوات
النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا للغير على اهلاك نفسه فياثم كما في حالة
المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة بصفة انها
ميتة او خمر وهي قايمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا ياثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قايمة
لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم
اليه والاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا
يحرم حينيذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال
حتى تلفت نفسه او عضوه فكان اثما لكنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في
انكشاف الحرمة خفا لانه امر يختص بمعرفته الفقها فيعذر اوساط الناس فيه كالجهل بالخطاب

١

في دار الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم اي ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد
فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس
المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام قال وان اكره الكفر بالله اعلم ان كل ما لا يعتبر
اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجرا كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد
فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يبيح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له
ان يظهر ما امروه به من اجرا كلمة الكفر لكنه يودي والتورية ان يظهر خلاف ما يضمر فجاز
ان يكون المراد بها ههنا اللسان القلب وجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر ما
امره به مورياكان او غير علي المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر
رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال
مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
وقصته معروفة قوله صلى الله عليه وسلم فعد اي الى طمانينة القلب لا الى الاجرا والطمانينة
جميعا لان ادنى درجات الامر الاباحة فيكون اجرا كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما
لا ينكشف حرمته وموضعه اصول الفقه قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان
الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة
فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد نفسا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه فان
صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب
وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهدا وقال في مثله اي في مثله هو رفيقي
في الجنة وقصته معروفة ايضا ولان الحرمة باقية لبقاء قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع
فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة
هناك لم تكن باقية للاستثنا كما تقدم واعترض بان اجرا الكفر ايضا مستثنى بقوله الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه ولكن من شرح بالكفر صدرا عليهم غضب
من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما اباح اجرا كلمة
الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب
وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق
المسافر المريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة
للغضب وهي الحرمة فلم يبق اجرا كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك
ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف
الحكم عنه بدليل اخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على
سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في
قوله صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن
الكلام في اجرا كلمة الكفر مكرها لا في الكفر قال وان اكره على اتلاف مال مسلم وان اكره رجل على اتلاف

مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة
كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف
من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان ياخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل
والتكلم والوطي فانه فيها لا يصلح آلة له فان اكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر
حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا
لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان
يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس
والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول ابي يوسف رحمه الله والثالث
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله له ان الفعل من المكره حقيقة
لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو
الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال
الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقصورا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا
تمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل
منه وللتسبيب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص
المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول
في عبارة المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف
يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضا
الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا ينافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل
من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وابي حنيفة ومحمد لان
ما يحرمه الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل
ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه
ايثارا لحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع
عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل
يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة له لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب
بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه
على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة
العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول
في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى
يحرم كذا هذا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته
مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى بقي هو حيا ايثارا لحياته بطبعه فانه يجب عليه القصاص فان كان
مضطرا كالمكره لانه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواكان

هذا المكروه الامر بالغا عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الامر وعزاه الى المبسوط د
ونسبه شيخ شيخي علاي الدين عبد العزيز رحمهما الله الى السهو فان الروايه في المبسوط بفتح
الراد دون كسرها ونقل عن الايضاح اليسر في مبسوط ولو كان الامر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص
على احد لان القاتل في الحقيقه هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه
قال وان اكرهه على طلاق امراته وان اكره الرجل على طلاق امراته او على عتق عبده ففعل ذلك
وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراها
بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق ويرجع المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث
الاتلاف فيضاف اليه ومع صلاحيته لذلك لان الاتلاف ثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ
وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما ثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف
وهو يصلح آلة له والتلفظ قد سقط عنه في الحكم كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى
الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا
ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان فيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا
كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بما امره على وجه ما
اكرهه ولذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الانشاء بمطلوبه فان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية
فيما مضى كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه
فكان طايعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيا لان العبد
عتق بالاقرار طايعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولا والاتلاف
بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولا عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره
معوضا عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو
اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض وفي حكم المال كما في منافع
البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولا ليس كذلك لانه بمنزلة النسب
الا ترى انه اذا شهد بالولا ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب اما للتخريج الى
الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق
الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شي من موجب السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا
فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على
مذهب ابي حنيفة سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه
فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه وتزاد لهما في التعليل فيقال
عتق على ملكه ولا تعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مواخذ
باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعله متلفا للعبد حكما فكانه قتله والمقتول لا يضمن
شيا قال ويرجع بنصف مهر المراة الجواب فيما اكره على طلاق امراته وقد سمى لها مهرا
الا انه لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج



على

27

على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمه بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بما لزمه
من المتعه لان العله في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في الطلاق
فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقه من قبلها بتمكين ابن
الزوج منها بغير اكراه او بالارتداد والعياذ بالله وما كان عليه ما كد بالطلاق مكرها فما
كان على شرف السقوط تاكد به وللتاكيد شبه بالايجاب فكانه اوجب على المكره ذلك
ابتدا فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الاله فيضاف الى المكره
من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي
مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال الا ترى
ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره
على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق فهو جايز والقياس ان
لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوثر
في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا توثر في فساد الوكالة
فالاكراه لا يوثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم انه بعدم الرضا
فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقا د
واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل
في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقطه واذا الم
ينعقد بها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد
استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها
فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلانا
وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان مقصوده المكره
زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيله الى الازاله فيضمن ولا
ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما
يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فضابط ذلك ان كل ما لا يوثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا
يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحه لان الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يوثر في عدم
اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل
الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه
ذلك ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به عينه فيها وكذا
اذا اكره على يمين فحلف انعقدت او على ظهار فظاهر صح ولذا على رجعه ففعل صح او على
الايلا فالي وعلى فيها باللسان ففعل صح لانها اي الرجعة والايلا والفي يصح مع الهزل
وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان اكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او ظهار
ففعل اجزاه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبه

لا الالاف لغيرحق وان عين عبدالذلك تفعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع علي المكره بقيمته لانه
اتلف عليه ماليه العبد حيث لم يكن لعينه مستحقا عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها
ليست بمضمونه علي احد وان نزل الى ايلي منها اربعة اشهر حتي بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه
نصف المهر ولا يرجع به علي المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا
منه بما لزمه من الصداق وان قربها كفر لم يرجع علي المكره بشي لانه اتي بضد ما اكرهه عليه واذا
اكره علي ان يخالع امراته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع
وقوع الطلاق بلا بدل فكيف ببدل او يمين لوجود الشرط والجزا واليمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان
مكرها علي الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بازا ما سلم لها من البينونة ولا شي علي
المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قيل ان خالعها وهي غير
ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج علي المكره لتاكيده ما كان علي شرف السقوط
او لا قلنا لا يخلوا اما ان ساق الزوج اليها المهر كله او لا فان ساق رجع علي المكره بنصفه بالاتفاق
اما عندهما فظاهر لان الخلع علي مال مسمي لا يوجب البراه عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم
النكاح واما عند ابي حنيفه رحمه الله فلانه وان اوجب البراه لكنها براه مكره والبراه مع الاكراه
لا يصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة علي البراه قال
وان اكرهه علي الزنا وجب عليه الحد قال ابو حنيفه رحمه الله اولا ان اكره احد علي الزنا فزنا
وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك
دليل الطواعية بخلاف المراه فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين
دليل الطواعيه ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة
مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الي ان يحصل خوف التلف علي نفسه فكان قصده بهذا الفعل
دفع الهلاك عن نفسه لا قضا الشهوة فيصير ذلك شبهه في اسقاط الحد عنه والانتشار لا لذة
لا يدل علي عدم الخوف لانه امر طبيعي يتتشر من النايم من غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لانه لا يلزمه الحد اذا ما تفسد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من فصل اختلاف
العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من فصل اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه
كونه ملجيا وذلك بقدره المكره علي الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير
السلطان اكثر تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته فهو ذو اناه في امره وغيره يخاف الفوت
بالالتجا الي السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه
اذ ليس فوقه من يلتجي اليه ويقدر علي دفع اللص بالالتجا الي السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن
من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد علي المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر
لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطي في غير الملك لا ينفك
عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سوا كان مستكرهه علي الفعل او اذنت
له بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن لها ليس محل فكان اذنها

لغوا

28

لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا وان اكره علي الردة لم تبين امراته منه لان الردة
تبدل الاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمينا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك وكان
الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز ان يجعل
كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة تبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل
وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد شك لانه امر مغيب
لا يطلع عليه الا بترجمه اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمه فلا تثبت البينونه
المترتبه علي الكفر بالشك فان قالت المراة قد بنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك
وقلبي مطمين بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول قولها فتقع الفرقه لان
التكلم بكلمه الكفر سبب لحصول البينونه كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطايع والمكره كما في
الطلاق ووجه الاستحسان ان اللفظ بمعني كلمه الكفر غير موضوع للفرقة معني لم يظهر فيها
ظهورا بينا من حيث الحقيقه حتي يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته
عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمه لما في القلب فان دل علي تبدل الاعتقاد المستلزم
للفرقه كان دلالته عليها دلالة مجازيه مع الاكراه لا يدل علي التبدل فضلا عن ان يكون
صريحا منه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه علي الاسلام حيث
يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون لفظه يوافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام
في الحالين قيل اي في حال الاكراه علي الردة والاكراه علي الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى
فلم يجعل كافرا في الصورة الاولي وجعل مسلما في الصورة الثانيه ترجيحا للاسلام وهذا في حق
الحكم اما بينه وبين الله تعالي اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة الي ما قاله الامام
ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفه رحمه الله ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان
شرط اجرا الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا ولو اكره
علي الاسلام حتي حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهه اي شبهه عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق
غير قايم بقلبه عند الشهادتين والشبهه دارئه للقتل قوله ولو قال الكره معطوف علي قوله
وقال هو قد اظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض
ولم اكن فعلت بانت منه قضا لا ديانه لانه اقر انه طايع بما لم يكره عليه لانه اكره علي الانشا
دون الاقرار ومن اقر بالكفر طايعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف
الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانه لانه ادعي ما يحتمله لفظه
ولو قال اردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضي بانت قضا وديانه لانه
مبتدي بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله امكنه الخروج عما ابتلي
به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشا الكفر كان كمن
اجرى كلمه الكفر طايعا علي وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امراته قضا وديانه والحاصل
ان المكره علي اجرا كلمه الكفر علي ثلاثه اوجه في وجه لا يكفر لا قضا ولا ديانه وفي وجه يكفر فيهما

جميعا وفي وجه يكفر قضاء فرق القاضي بينه وبين امراته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا اجراها
فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه او لا والثاني هو الاول ان خطر بباله ان يقول ذلك ويريد
الاخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني واذا ظهر لك هذا امكنك ان
تخرج مسئلة الصلوة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله لما مر اشارة الى قوله لانه
مبتدي بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان
الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لانه فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم
وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي احد قطري الديانة والاخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة
عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون
واسبابه مصادر هذه الاسامي والحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس
بالاتفاق ولما كان اسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف المجنون المغلوب بحال ما واما الذي لا يكون
مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجي اما عدم جواز
تصرف الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف انما هي بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه
اية اهليته واما العبد فله اهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده
فانه لو لم ينفذ الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فياخذ اربابها اكسابه التي هي
منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه وكيلا يملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب
غير ان المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه
بحال قال ومن باع من هولاء شيئا اراد بهولاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق ٢
وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعقل ان البيع سالب والشرا
جالب ويقصده لافادة هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشرى جالبا وهو احتراز عن الهازل
فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم والمولى بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه
لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه
وكلامه ظاهر واورد سؤالا على الشرى وهو ان الاصل في الشرى النفاذ على المباشر من غير توقف
على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد هاهنا موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف
انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شرا الفضولي وههنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية في
الصبي والمجنون او لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ
مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هولاء شيئا او اشترى اما ههنا يعني في الهداية
لم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فاورد
الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكر شيخي في شرحه قوله وهذه
المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر
كالبيع والشرى اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون دون

العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم وقوله
دون الافعال يعني ان المعاني الثلثة توجب الحجر عن الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها
حتى ان ابن ادم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد
والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ويحصل
بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كالا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها
حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون
قصد العقول والعقل فينتفي المشروط به واما العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم
الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها
موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا
ومشاهدة ليس عين ما وضعت لها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان
يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت
لا يمكن ان تجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد
من القصد الا ترى ان القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه
الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله الا اذا كان
استثنا من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم
يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من
الحدود والقصاص قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم
في قوله ومن باع من هولاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه
المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال ليتساق القوليات في موضع واحد وقوله لما بينا اشارة
الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق واقع
الا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه والاعتاق يتمحض مضرة
لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ
لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المال
فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا
علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق
على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينعقدان بمباشرته اي الولي بخلاف
سائر العقود قوله وان اتلفا شيئا بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله
والحائط المائل بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك
يجب الضمان وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله
فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما
ومعناه ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه

وكلامه ظاهر **باب الحجر** للفساد اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق
عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على
العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير
المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر
البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض
له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر او الاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله غير ان الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف ٢
يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله
كالاقرار بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق
فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء واستدل المصنف
بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على وجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه
نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه
حقيقة والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه
ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لان
حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه والغاية تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا
في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما
ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض
بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق
ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكوة
وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج
والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم اليه الحر سقط الاعتراض
وهذا اي عدم الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار آدميته وهو ظاهر قوله
ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقريره ان منع المال انما
هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا
قياس عليه وقوله ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي
لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر وعليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة لما ذكرنا
انه عاقل واخرى على خلافه فسوء اختياره فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله
ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال بدون الحجر مفيد
لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات وذلك يتوقف على اليد اي لا يملك الا بالقبض
فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد قوله واذا حجر تفريع على مسألة الحجر ومعناه
ان القاضي اذا حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض اخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان

الواجب



الواجب ان لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى
لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال
بعيد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه
فان ابا حنيفة لم يقل به فصار محلا للقضاء فيحتاج الى القضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال
الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع منه ماله
الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله
وان لم يؤنس الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس رشده وتسامح عبارته في الجمع بين
الابد وحتى ظاهر ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة
رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التأديب وهذا يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال
سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي ان يكون محلا
للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل
مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا
للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على
ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التأديب الى اخر قوله
ولان المنع دليل اخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار اثر الصبا لان
العادة وجدانه في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان
مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك
بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه صلى الله عليه وسلم بقوله مروا
صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله ان بلغ رشيدا ثم صار
سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبا فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد
لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمنا ٥
لكنه منكر اريد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذ اوصل الانسان الى هذه الحالة
يصير ولده فرعه اصلا فكان متناهيا في الاصالة قال ثم لا يتأتى التفريع على قوله اراد ان
التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول ابي حنيفة
وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع ليظهر فائدة
الحجر عليه ليكون موقوفا فان رأى الحاكم فيه مصلحة ان كان بمثل القيمة او كان البيع رابحا وكان
الثمن باقيا في يده اجازه وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا او لم يبق الثمن في يده لم يجز
لان فيه ضررا له لخروج المبيع عن يده بدون ان يكون في يده شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف
بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد
من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه

كما تقدم فان قبل علام الموقف اجاب بقوله للتطرله فان الحاكم نصب ناظرا متحري المصلحة فيه
كما في الصبي الذي يعقل البيع والشرا وتقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف
انه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر داير بين الضرر وهوا هدار ادميته والنظر له في ابقا
البيع على ملكه كما كان فلابد من مرجح وهوا القضا وعند محمد لايجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة
عنده هي السفه بمنزله الصبا وهو موجود قبل القضا فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ
رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد
السفه وان اعتق عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي فلم خص قولهما بالذكر احترازا
عن قوله لان عند ابي حنيفه الحكم قبل الحجر وبعده سوا في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا
تاثير للحجر عنده بل احتراز عن قولهما في ساير التصرفات التي يوثر فيها الحجر كالبيع والشري والاقرار بالمال
وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يوثر
فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل لا من كل وجه بل من حيث ان
الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلا لاتباع الهوي ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك
السفيه والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من وجه الاول ان السفيه لو حنث في
يمينه واعتق رقبه لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او عتق لم ينفذه فهذا مما لا يوثر فيه الهزل
بقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان
الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية
فالهزل لم يوثر في وجوب السعايه والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في
حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له
لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضا بالحجر عن التصرفات الماليه فيما يرجع الى
الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر
لامكان ان يتصرف في جميع ماله بالتمني والحنث والنذور وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث
ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوي فلا فرق بينهما والاصل
عنده ان الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان
باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعده شي من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح
من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي لاقيه تصرفه
فيكون نافذا فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعي في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا
انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمايه او لورثته
فاذا اعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لانها لو وجب لوجبت حقا لمعتقه وذلك غير معهود
في الشرع وانما المعهود ان تجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى للساكت ولو دبر
عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشا حقيقة العتق فلان
ملك انشا حقه كان اولى الا انه لا تجب السعايه في حيوة المولي لانه باق على ملكه والباقي على ملك

السفه بعد الحجر بسبب

المولي لا يستوجب المولي عليه دينا فان مات ولم يونس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو
مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا تري ان مصلحا لو دبر عبده في صحته
ثم مات وعليه دين محيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمايه فلئن سعى ان يسعى قنا
لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل
ان العلق بالشرط ليس بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببه في ايجاب السعاية
عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصيه وفيها يسعى العبد كذلك واجيب
بان وصيه من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى ان الرجوع في الوصيه صحيح دون التدبير ولو
ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقا
نسله واتقاه من الحوايج الاصليه لحيوه ذكر الانسان ببقا الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح
في حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجاريه حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات
مديونا وان لم يكن معها ولد اي لم يعلم لها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزله ام الولد لان
الدعوه حينيذ كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار
بالحريه اذ ليس لها شهادة الولد فصار كانه قال انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته
بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه
ونظيره المريض اذا ادعي ولد جاريته على هذا التفصيل يعني ان يكون معها ولد او لم يكن الى اخره
قال وان تزوج امراة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله وصار كالمريض مرض الموت يعني في
لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض تعتبر من الثلث
وههنا غير معتبره اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة
سوا تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته
في مقدار مهر المثل وبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسله
يعتضد ابو حنيفه على الخلاف في الحجر عليه لانه لا ينسد باب الاتلاف المال عليه بهذا
الطريق بل بهذا اضر له من الاتلاف بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة
في التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قوله ويخرج الزكوة
من مال السفيه والاصل في هذه المسايل ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله كالزكوة وحجة الاسلام
او كان من حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سوا لانه مخاطب وبالسفه لا
لا يستحق النظر في اسقاط شي من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله
في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعن القريب لان اقرانه بذلك بمنزله الاقرار بالدين على
نفسه فلا يلزم شيا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد
منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يوثر في منع الاقرار بالنسب لكونه
من حوايجه لكن بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجه صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة

قوله وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر
بغي ما اوجبه علي نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم لكل حنث بلثه ايام
متتابعات وعن كل ظهار شهرين وان كان ما لكا لما لحال التكفير لانه اي كل واحد مما جب
بفعله اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التدبير بفتح هذا الباب وتضييع فايدة الحجر فان
قيل التكفير بالصوم مرتب علي عدم استطاعة الرقبة فاني يصح مع القدرة اجيب بان الاستطاعة
ستقه لانه لا يلي الحجر توجب السعاية علي من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا تقع العتق
عن الظهار قوله وان اراد حجة الاسلام واضح وقوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا
لذلك والقياس ان لا يعطي نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الخروج بحج تطوعا فان
جني جناية فان كانت مما يجزي فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم تكن وكونه الدم مودي
اذا الصلح فان مرض واوصي وقيد بالمرض باعتبار الوصية غالبا تكون في المرض فان السفيه الصحيح
اذا اوصي بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس بعينها كما لو تبرع في حيوته واستحسنوا فيما اذا وافق
الحق وما يتقرب به الي الله تعالي ان يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغنا
من المال في اسرد نياه وحينيذ لا نظر له في المنع وانما النظر له اكتساب الثنا الحسن بعد موته وفي
تنفيذها ذلك وقد ذكرنا في التفريعات التي هذا في كفاية المنتهى فمن ذلك ما قال ان الذي
بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سوا الا في اربعة مواضع احدها
انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف علي الصغير فيشتري له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب
علي البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث
انه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر
عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره قوله ولا يحجر علي الفاسق اذا كان
مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سوا وقال الشافعي يحجر ومبني هذا الاختلاف
علي ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما
للنظر له في ماله فاذا اصلح ماله لم يبق عليه حجر وذلك لان الله تعالي قال فان انستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلاقه تناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس
منه رشد ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم يعني في اول
الكتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي من ليس سفيه لكنه يغفل يعني في
التجارات لا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلي
الله عليه وسلم فانه ما حجر علي حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي
الخيار ثلاثة ايام واجيب بان الحجر علي الغفل ثبت بدلالة قوله تعالي ولا تؤتوا السفها اموالكم
لما انه سلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه
والله اعلم **فصل** في حد البلوغ البلوغ في اللغة عن الوصول وفي الاصطلاح انتها حد الصغر
ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب بيان انتهايه وهذا الفصل لبيان ذلك قال بلوغ الغلام

بالاحتلام

بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه النايم فقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا
وطي والاصل هو الانزال قال الله تعالي واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد
شي من ذلك فحتى يتم ثمانية عشر سنة عند ابي حنيفة وقالا اذا تم الغلام والجارية خمس عشر
سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج الي الشرح واما
قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون
سنة وهو قول عمر رضي الله عنه قوله واذا راهق الغلام او الجارية يقال رهقه اي دنا منه وهي
مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك فقال قد بلغت فالقول قوله ثم قيل
انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثني عشر سنة او اكثر ولا يعتبر فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه
وقد اشار الي ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثني عشره سنة وفي حق الجارية
تسع سنين **باب الحجر بسبب الدين** الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما
لكن بشرط طلب الغرما ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم اخرناه عنه وينبغي للقاضي ان يشهد
انه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان بين ان الحجر كان بسبب الدين لانه يختص
بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث
نفذ وان يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابرا الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الي معرفته
وابو حنيفة لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلي
بالادني فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الداين وانما يكون الاول
اعلي ان لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الداين يرتفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر
يلحق المديون مجازا شرعا ولو لم يكن اعلاما اندفع به ضرر الداين واهدار الاهلية اعلي من
الحبس فيكون اعلي من ضرر الداين واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف به الحاكم لانه
نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه حتي يبيعه في دينه ايفا
لحق الغرما ودفعا للظلمة وقالا اذا طلب غرما المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه
التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا
وقوله التلجية موهومة لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان وترك البيع بلا ابرا
وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفا بالاستقراض والاستيهاب والسوال
من الناس ولا يجوز القاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك
متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع من التسريح
بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق قوله والحبس
لقضا الدين جواب عن قولهما حتي يحبس مع السين لاجله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا انه يحبس
الحبس لكنه لاجل البيع بل لقضا الدين مما يختاره من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب
وسوال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما
تاخير حق الداين وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد
على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين
ايضا لانه نوع من بيع الصرف قوله عملا بالشبهين قيل انما لم ينعكس حيث لم يجعل للعروض
ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي اعم واقوى
فلو ثبت العروض ولاية الاخذ مع قصوره ثبت القاضي لقوته وقوله ويباع في الدين النقود
حاصله نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرما فيبيع ما ابطر له وقوله
خلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضا الديون يعني اذا استهلك مال الغير
في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضا الديون فكان المتلف عليه اسوة لساير الغرما لانه مشاهد
لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه
لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين الا ترى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه
بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن لان في
هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سوا وقوله
هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في الحبس لان فيه نظرا للجانبين لجانب
المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شي يصرفه للداينه وقوله
ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار
يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان
اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول
الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقوله يقسم بينهم بالحصص اي باخذ كل واحد منهم
بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذ وافضل كسبه بغير اختياره او اخذ القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره
واما المديون في حالة صحته اذا اثر الغرما على عين بقضا الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى
النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولاخر منهم ثلثمائة ولاخر منهم مائتين
وماله خمسمائة فاجتمع الغرما وحبسوه بديونهم في مجلس القضا ليقسم امواله بينهم قال اذا كان
المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضا ويوثر البعض على
البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان
المديون غايبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرما بالحصص اذ ليس للقاضي
ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار تترجح اليسار اسم اليسار من اليسر اي الغنى
والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة الاعسار يعني للاعسار قال في المغرب
وهو خطا وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه عين اذ الاصل هو العسرة
فصار لبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعونه الى اخره تفسير للملازمة
ولا يجلسه في موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يجلسه في مسجد
حيه او في بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره

لحاجته

لحاجته كغذا او غايط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع
خلوة وعن هذا قيل اذا اعطاه الغدا او اعد له موضعا لاجل الغايط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب
ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه
من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت
يومه ولعياله والداين للرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة
يلازمها قال وان افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع
باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرما فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب
القاضي على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ثم للبايع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفا الثمن
والعجز عن ايفا الثمن يوجب حق الفسخ قياسا عن العجز عن ايفا المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة
وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لا نسلم
ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا انقطع قبضه بانقطاعه عن ايدي
الناس كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب
العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس مستحق بالعقد وانما المستحق به وصف
في الذمة اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البايع شرط من
شروط عقده فصار كما كان المشتري مليا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك
به دينا في الذمة وبقا الدين ببقا محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين
المفلس والملي فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال ايما رجل افلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البايع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال
في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روي الخطاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمايه فيه وتاويل حديث ابي هريرة ان المشتري
كان قبضه بشرط الخيار للبايع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا ينفسخ العقد
اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل
الكساد اجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم تبق بعد الكساد كذلك
ولا اشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب
العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد
قوله وينقض العين جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا
يبرا ذمة المديون بدفع المنقودة ويقرر ان قضا الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة
غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث
انه يثبت لكل واحد منهما في ذمة الاخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو حقيقته اي تحقق المبادلة

هو الحقيقة في قضاء الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز
فيه عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقق
المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك
فيجب ان يجعل العين المقبوض في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة وكان العجز فيه عجزا عما اوجبه
العقد وذلك يوجب الفسخ

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون
بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام
وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه
الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان
تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى حجر عنه فلا بد من اذنه كيلا
يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق الى اخره كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله
عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف
رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يتقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته



الاصلية وانها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير
اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور
في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال
وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكم الشرعي
هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح كونه يتصرف
باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا حقه لان اول تصرف يباشره
العبد المأذون الشرى لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشرى متصرف لنفسه لا للمولى لانه
يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص
لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشرى حقا له وهذا
المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر
عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر
فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف
لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك
اليد والرقبة اصيل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك
الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعد لانه اسقط حقه والساقط
لا يعاد بالرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط
يعود ثم الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا راي عبده يبيع من ماله شيئا ويشتري
فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمه الله وهو من باب بيان الضرورة

وقد عرف في الاصول فان قيل السكوت يحتمل الرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه بكونه
محجورا والمحتمل لا يكون حجة قلنا سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم
بسكوت المولى ويعاملونهم قد تقتضي لحوق ديونه عليه واذا لم يكن مأذونا تاخر المطالبة الى ما
بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين باتواحقهم ولا اضرار في الاسلام وليس
للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت
في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عن ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح
غيره ولذا اذا راى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن
الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا راى رقيقه يتزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب
بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت في سكوته وليس في
ثبوت الاذن في غير ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت
اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله في
ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فيترجح ضرر المرتهن عليه لان
بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن
عن اليد ثابت فكان اقوى [illegible] الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت
فيه اذنا قال بعض الشارحين نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجبا
دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك
مملوك المولى لما فيه من صلاح ملكه ومنافعه بضع المملوكة لذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضا
فكان موقوفا واسكن فسخه فلا يتضرر به احد وفيه نظر لانه لا كلام في ان النكاح الرقيق موقوف
على اذن المولى واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة او لا ولعل الصواب ان يقال ان ذلك الضرر
محقق للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه
بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا ولو لم يكن
المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة
اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى الى اخره قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما اذا قال
المولى لعبده اذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول
جميع انواع الاعيان لانها اي بيع الاعيان اصل التجارة والتابع لكونها قائمة بالاعيان الحقت
بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف
فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن
بالمقصود ولابي حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون
لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة

راي اجنبيا يبيع من ماله فسكت

بيع المرهون موقوف

باع عينا باذن المولى يكون مأذونا

وذلك لا يدل على انه لا يتقيد من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون له بالاتفاق وفي حق المريض
معتبر من الثلث ابو حنيفه رحمه الله سوى فيهما بين البيع والشرى في الغبن الفاحش وفرق بينهما في
تصرف الوكيل في الشرى منهما في انه اشترا لنفسه فلما ظهر له الغبن اراد ان يلزم الامر وهذا لا يوجد
في تصرف المأذون لما مر انه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشرى في حقه سوا
وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز ان يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق
وبالفاحش عند ابي حنيفه ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم
يكن عليه دين مستغرق وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولا فما
بقي بعد قضا الدين يكون كله محاباه لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثه ولا وارث للعبد لا يقال
المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه من الثلث لنفذ تصرف
المريض في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل المحاباه فيقال للمشترى ادّ جميع المحاباه والا فاردد المبيع
كما في الحر يعني اذا حابا في مرض موته وللمأذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ولو وكل بالبيع
والشرى لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانه بغيره ويجوز له ان يرهن
ويرتهن لانهما ايفا واستيفا وهما من توابع التجارة ويملك ان يتقبل الارض اي يستاجرها ويستاجر
الاجرا والبيوت لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه ان
كان البذر من قبله فهو مستاجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه
اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شي بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب
الارض فهو اجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم
جاز كما سيجي يأجر به وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضه
لانها تنعقد على الوكاله والكفاله والكفاله لا يدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في
المفاوضه عنانا وزياده فيصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكاله ويدفع المال مضاربة
ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يوجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في احد
قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه الا ترى انه لا يملك
بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها تابعه لها ولنا ان نفسه راس ماله لان المولى
اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو من راس المال المأذون له يملك التصرف فيه
ضرورة والمأذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبه
والرهن او من حيث منافعها لا جايز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه
ما اذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح
لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود قال فان اذن له في نوع
منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رحمهما
الله انه توكيل وانابه وعلى ذلك بني هذه المسله وهي انه اذا اذن في نوع من التجارة كالبز مثلا
دون غيره كان مأذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا

محاباه ... المأذون

عاما ثم نهاه عن نوع فالا الاذن توكيل وانابه من المولى لانه يستفيد الولاية من جهة الملك وهو الحكم
ثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له
رب المال اعمل بمضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بينا في اول
الكتاب المأذون وعند ذلك يظهر مالكيه العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع التخصص اذ ذاك
تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن
للعبد ان يتزوج فلانه فليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه
لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من
اهليه الولايه على نفسه فكانت الولايه للمولى ولهذا جاز ان يجبر عليه فكان العبد كالوكيل والنايب
عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر
المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه
ضرر غير متحقق ولين كان وله يدفع وهو ان التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند
ابي حنيفه رحمه الله يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهليته ومالكيته فليس
السوال واراد قوله بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب
وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله وحكم التصرف جواب
لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعه بالسند اي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى
بل واقع للعبد حتى كان له ولاية ان يصرفه الى قضا الدين والنفقه بغير اذن المولى وما استغنى عنه
يخلفه المالك فيه وموضعه اصول الفقه قال وان اذن له في شي بعينه اذا اذن المولى شيئا
بعينه مثل ان يقول اشترلي هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما رزقا للاهل لم يكن مأذونا
وهذا يفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد
باب الاستخدام لافضايه الى ان من امر عبده بشرا بقل بفلس او فلسين كان مأذونا يصح اقراره بديون
تستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال فلا يتجرى احد على استخدام عبده فيما اشتد اليه حاجته لان
غالب استعمال العبد في شرا الاشيا الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة
وهو انه ان اذن بتصرف يتكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب
واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر او ادّ الي الفا وانت حر فانه طلب منه المال
وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشرا
ما لا بد لها منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر يتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن
بتصرف غير متكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وامره
مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد متكرر والجواب انه امر بالعقد المكرر لان
ذلك لان يخصه بيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل
التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن
بالاول اذن دون الثاني فتامل قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جايز اقرار المأذون

از نسوه ينكاح امراه لا يتعقواها

له جايز بالديون والغصوب والودايع لان الاقرار بها من توابع التجارة اما بالديون والودا
فظاهر فان البايع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا او يقبض فيودع عنده واما بالغصوب
فان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك
التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انسداد التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره
غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن
اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق
الغرما بما في يديه من المال والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه
وطي جارية لهذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور
في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة
فاقراره باطل ولا يواخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فما ليس من باب
التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للماذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا
يزوج مماليكه لذلك وجوز ابو يوسف تزويج الاما لانه تحصيل المال وهو المقصود من الاذن
فكان كالاجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال
لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك
تزويج العبد توضيح ليس بواضح لعرايه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل
رقبته بالمهر لا منفعة قوله وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة
العنان والاب والوصي يعني ان هولا لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة
عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا
في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما يعني الاب والوصي ان يزوجا امة الصغير بلا
خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج
امته لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكر في المكاتب اصح لانه موافق
لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال
بعض الشارحين يحمل على ان في المسئلة روايتين قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز
للماذون ان يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال
والبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيز المولى
ولا دين عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فيكون الاجازة في
الانتها كالاذن في الابتدا وبيانه ما قاله لان المولى قد ملكه لان كسب العبد الماذون
خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نايبا عن المولى
ويرجع الحقوق وهي المطالبة اي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولا بعد
العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق
من جهته ولقايل ان يقول الوكيل سوا كان سفيرا او لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة

وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب عنه بانا سابت الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال
ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا او كثيرا بطلت كتابته وان اجاز المولى لان المولى
بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين
او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فالاعتاق اولى
وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز المولى ولا دين عليه جاز لانه يملك انشا العتق فيملك الاجازة
وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرما
لانه لو انشا العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرما على العوض لان ما يوديه
كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يوديه في حال الرق فيتعلق حقهم
ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتدا وانتها
او ابتدا فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة
يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان اهدا غير الماكول لا يجوز اصلا والاهدا اليسير راجع
الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان
مال تجارته مثلا عشرة الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان
مال تجارته عشرة مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيرا عرفا والهدية بالماكول
كالضيافة به والقياس ان لا يصح شي من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات
التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار فكانه اريد المجهز وهو الذي
يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر فحذف الى المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه
ظاهر قال وديونه متعلقة برقبته اذا وجب ديون على الماذون بالتجارة او بما هو في
معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت برقبته تباع للغرما
الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تباع لان غرض المولى من الاذن
تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل في تعلق الدين
بكسبه حتى اذا فضل شي منه عن الدين يحصل للمولى وقوله لا بالرقبة معطوف على قوله
بكسبه فان قيل اذا استهلك شيا تعلق دينه برقبته تباع فيه بهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف
دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقيق بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان
محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا انه للدين
واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في
حق المولى يتعلق برقبته العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله
وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة
داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم
يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس
ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى وقوله ويتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن

قولهما ان عرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن الا اخره وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفا
وعلم المعاملون ذلك حاملا على المعاملة فيكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن
كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون عرضا للمولى فان قيل لا يصلح
ان يكون عرضا للمولى فان قيل لا يصلح ان يكون عوضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون عرضا اجاب
بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه
وفا بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفا بها لم يكن دخوله في ملكه
دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين عليه ثم ركبته ديونه فانه لا
يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد ان اختاره المولى ويكون المبيع
جابرا لما فات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة
العبد قيل وليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا اقبض مبيعا قبل تركب
الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب
وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه تقابل ما يفوته
وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يودي من قيمة العبد لان الشرا
بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم يكن مساوية
لقيمته كان ذلك شرا بغبن وهو نادر وتحقيقه انها لو لم يكن مساوية لاختار اداء الديون دون بيع
العبد والجواب الاول على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وهو مخصوص بما ذكره المعترض والثاني عام لكنه
انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد الماذون المديون عندهما كما سيجي وقوله
وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة
وذلك لانه لا تنافي بينهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفا نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفي
من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما
يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفدا من الغايب غير متصور ولان الخصم في رقبة العبد
هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نايبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور
المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر
على الحر العاقل البالغ بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير امر مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك
ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا
الغرما وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيعها القاضي على الورثة اذا
امتنعوا عن قضا الدين فانه لم يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرما قوله
وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا
باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرما بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة
وان لم يكن بالثمن وفا يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفا حقوق
الغرما فان بقي عليه شي من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته

وعدم

وعدم وفا الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشترى والدين ما وجب باذنه فلا يظهر
في حقه ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع فان المشترى اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في دين ثانيا بدون
اختياره امتنع عن شراه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرما ودفعا للضرر عن المشتري لانه لم
ياذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما
لو اشتراه البايع الاذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل
الملك كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه بكسبه لبيان ان الكسب الذي يبدا به والذي لا يبدا به فا
لكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين سوا كان يحصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق
بما قبله من هبة لان المولى يخلف في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان ككسب غير
منتزع ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد
عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان ياخذ غلة مثله والغلة كل ما يحصل من ريع ارض او كرايها
او اجر غلام او نحو ذلك ومعناه له ان ياخذ غلة مثله اي ياخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل
شهر بعد ما لزمته الديون كما كان ياخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرما
ولا ياخذ اكثر مما كان ياخذه قبل الديون والقياس ان لا ياخذ اصلا وان اخذ شيا رده لانه
اخذ من كسبه وكسبه حق الغرما ولكنه استحسن فقيل بسلامته المقرر قبله للمولى لان في اخذ
المولى ذلك منفعة للغرما بابقايه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك
يحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا ياخذها لعدم الضرورة حيث لا يتعلق
ذلك من باب تحصيل الغلة وان اخذها ردها على الغرما لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى العبد
اما ان يكون شايعا او لا وان كان الاول لم يحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولاكثر اهل سوقه
لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه
لان العبد ان اكتسب شيا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة انه كان قد حجر عليه فيتاخر
حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد يبايعوه على رجا ذلك اي تعلق حقهم برقبته وكسبه
وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضا الدين من خالص ماله بعد العتق
ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان
فكذلك ولو بايعته جاز وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى
ابتدا فكذا بقا ولو حجر في بيته بحضرة من اهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام
ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام وان كان
الثاني بان لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه يحجر لعدم الضرر والاضرار قال
وان مات المولى او جن او لحق بدار الحرب فقد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان
لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقا كالابتدا وعلى هذا اذا مات المولى
او جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه او لحق بدار الحرب انحجر الماذون لانعدام
الاهلية ببعض العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته واذا

ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الابق في التجارة وعلم به العبد كان ماذونا فلا ينافي بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه ابقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضيه دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الابق فلا يكون راضيا وانما لم يكن منافيا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح انه لا يعود ن واستيلاد الماذون لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء حجرها لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم قوله واذا استولدت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها اكثر لتظهر الفائدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله ولا منافاة بين حكميها اي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في ملكه الحجر لا يؤثر في الحجر عليه قال واذا حجر على الماذون له فاقراره جائز اذا حجر على العبد الماذون له فاقر بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله قال المصنف رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب فبين ان المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر له وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لان المصحح للاقرار اما الاذن او اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا واورد بانا لا نسلم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب القته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان تأويلها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم بانه كسب العبد قوله وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر به بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يصح اقرار العبد فيه بالاتفاق ولهذا اذا باع العبد من غيره وصار محجورا لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة رحمه الله ان المصحح للاقرار هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة

فظاهر

فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصح اخذه في الدليل والجواب ان مطلق الاقرار دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحقق الحاجة لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده واما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا يبطل به باقراره لانه اقرار بما ليس بما في يده اصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى الى اخر جوابه عما استشهد به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله فلا يبقى ما يثبت بحكم الملك يعني به الاذن فانه يثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغير بعده كعبد اخر لم يباشر ولو تبدل لكان خصما لصدور المباشرة منه حقيقة قال واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون فلا يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته او لا يحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والماذون ايضا يساوي الفا وعليه الف درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل علة لملك الفرع ولهذا يملك اعتاقها يعني الرقبة ووطي الامة الماذون لها وهذا اي المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطي اية كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا اي ولاجل ان ثبوت الملك له نظرا تقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر في ضده بعدم ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فانما ثبت نظرا للعبد ليراعي ذلك بعدم العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابي حنيفة رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلاف في الموضعين لانعدام اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت اظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك عندها وعدمه

عند عرف العتق وعدمه لكونه فرعه ثم قال ـــ سقوط الملك بعد العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني
ملك المولى كسبه وسعد عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى
عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا
لا يمنع القليل من الدين ملك الوارث والمستغرق يمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض
الشارحين عن نوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز قال ـــ وان باع من المولى شيا بمثل قيمته
جاز اي اذا باع العبد المأذون الذي لزمته ديون من المولى شيا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه
بنقصان لم يجز مطلقا اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه يميل اليه عادة بخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة
اجيب بانه موهوم حيث لم ينشأ عن دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض مروي بالواو وبغيره
قال ـــ في النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيا بمثل قيمته جاز
هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف الى معطوف عليه بلا مناسب
لذلك عدم الواو وقال ـــ يجوز ان يكون بدون الواو ويتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف
ما اذا حابا الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني ان كانت المحابات بيسير او فاحشة او كان البيع بمثل
القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا وجه
ولكن النسخة بالواو ثابتة قلت ـــ ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من
قوله بخلاف ما اذا حابا الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل
القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه
تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية
الورثة متعلق بعينه اي على مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء ف
فمتعلق بماليته لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث
ثم بعد ذلك ذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى اخره وقال ـــ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان
باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحابات بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض
البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف رحمه الله لقول بعض المشايخ قيل والصحيح انه قول
الكل لان المولى يتمكن من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع اولى فصار
العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي قوله وعلى المذهبين اي
مذهب ابي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحابات
باليسير والكثير فان على مذهبه اذا باع من مولاه بنقصان يسيرا او كثيرا لا يجوز فلا يخير وعلى
مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف

البيع

البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع اليسير منهما اي من
المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع
فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها
وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من
العبد المأذون له لا يجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن فيه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بما
بنفسه غير ان فيه ضررا للغرماء فنزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان بلفظ التثنية وفي بعض شرحه
النسخ هذا الفرقان قال ـــ في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه
مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر
المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثير حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز
مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه
لا يجوز في البيع مع المولى شيا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي في جواز البيع مع
الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام قال ـــ وان باعه المولى شيا
كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن ومعناه لا يطالبه لان حق
المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من
حيث الحبس سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين
والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو اتلف شيا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا
فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ذلك ملكه
في يد غيره كما لو اودع عند عبده شيا او غصبه منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى استوفى الثمن جاز استوفي صح
لان للبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو اخص به من الغرماء فان قيل على هذا التقدير استوجب
دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم اجاب بقوله وجاز ان
يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين
متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب على عبده بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته
وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كان اليد
باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باع باكثر من قيمته جاز
لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كان يسيرا او كثيرا لان
الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال ـــ في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على
رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي
حنيفة رحمه الله اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولى عبده المأذون وعليه ديون
لزمته بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه
فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم
به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه

ولا يوجب ازيد من مقدار ما المنه سوى ما بقي عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وان كان الدين
اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكره وهو واضح
وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم
بدون اذن الغرما والدين حال فان شا الغرما ضمنوا البايع قيمته وان شاوا ضمنوا المشتري
لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه اما البايع فالبيع
والتسليم واما المشتري فالقبض والتغييب فيخير الغرما في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشرى
لانهما لا يضمنان بمجرد هما بل بتغييب ما فيه حق الغرما وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون
وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشرى وان شاوا اجازوا البيع واخذوا
الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك
ضمان فكذا اذا اجازوا ولهذا اذا كان الثمن وفي بديونهم ووصل اليهم لم يضمن البايع على ما سيجي
وكذا ان كان الديون على الماذون موجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز
بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو
المالية ومنه فوايد القيود المذكورة وقوله كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون
بدون اجازة المرتهن ثم اجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا فان ضمنوا
البايع قيمته ثم رد على المولى بعيب معناه اذا قبله بقضا لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد
سهما فعاد الى الحال الاول وهو ظاهر ولكن بقي شي وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى
قد دفع عنهم المونة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرما واجيب ٢
عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعا وقد فات بالبيع وحق الغرما منحصر في
بيع التركة فافترقا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين اذا اعلم المولى هذا
العبد الذي يبيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين لكون البيع بيعا
لازما فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرما فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعا
والاستيفا من رقبته وكلاهما فايدة في الثمن وفي كل منهما فايدة فالاول تام والاستسعا تام موخر
والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قال
المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم
اليه قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز
ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعا
نظرا لانه يذهب بغايته قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط
حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن
يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل
اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفدا فاذا بال هذا لا يكون مختارا لقضا الديون

ان الصبي

40

من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقا الواجب
عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يواخذ به بعد
العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا
يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب ان العدة ادني الاحتما
لين ٢ فيثبت به الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر
الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما قيدنا بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم في الدعوى
كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم لانه
يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من نازعه فيما في يده ولهما انه لو جعل خصما لادعي عليه والدعوى
تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضا على الغايب قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى
هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع
فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعندهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه
المسلة قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى وباع كل شي من التجارة لانه ان
اخبر انه ماذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس
ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيين احدهما اخباره مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني اخباره
ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب
وقوله لئلا يضيق الامر على الناس توضيحه ان الناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار
والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان
عند كل تصرف وانه ماذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله الا انه استثنا
من قوله لزمه كل شي ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفا لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل
قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن للمدبر وام الولد
ولحقهما الدين لا يباعان فيه لكنه خالص حق المولى وحينيذ جاز ان يكون ماذونا ولا يباع بخلاف
الكسب فان قضا الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله
في وسط كتاب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما خلفه في الملك بعد فراغه
عن حاجته فان حضر مولاه فقال هو ماذون له في بيع الدين لظهوره في حق المولى وان قال
هو محجور فالقول قوله وعلى الغرما البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل
قوله عند جحود المولى الا بالبينة **فصل** لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام
اذن الصبي لانه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن
اليسير من الفاحش اذا اذن له المولى كان كالعبد الماذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون
نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال
الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه نفسه وهو باق بعد الاذن وبقا العلة يستلزم
المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس لرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا

بتصرفه حتى يف ولا تصرف المولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا
للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق
لا يصحان منه قوله وكذا الوصية على اصل يعني تلث بصحتها كصحتها اذا كانت في ابواب
الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من المولى في حقه صح تصرفه لنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح
مباشرته فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع
والشرى فيتولاه الولي فلا ضرورة وصح لنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية
شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البايع
والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشرى جالب ويعلم
الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا
متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن
له الا ترى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن فيه وهما من الصبي لا يكون
عن ولاية شرعية وان اذن الولي بذلك قوله والصبا سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره
لصباه وتقديره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار
كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم
يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما لو اذن العبد المولى وقوله
وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقا
ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه
في التصرف نفع محض لاستيفا المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه له وبمباشرته بنفسه فكان
نرحمه في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي محتمل ان يتبدل من
الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق
جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلاثة اقسام
نافع محض وضار محض ومتردد بين النفع والضرر فالاول كقبول الهدية والصدقة يؤهل له قبل
الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له اصلا والثالث كالبيع والشرى
يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رايه ينجبر براي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا
على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره
من اهله في محله فان قيل اذا باع شيا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب
نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الحرسات الواقعة اتفاقا وذكر
الولي في الكتاب يشتمل الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب
مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي او وصيه
ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير البلد كامير بخارا فكان الوالي اكبر منه لان له
ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط وقوله والسلطان يعقل قد تقدم ذكره وقوله

والتشبيه

وان اذن له الولي لا يصح الطلاق والعتاق لانهما ضرر محض

والتشبيه بالعبد الماذون له الى اخره كذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى
محجور عن التصرف في مال العبد الماذون المديون بدين محيط بماله دون الولي واجيب بان ذلك
من انحجار المولى وعدم انحجار المولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي
لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى
اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه عينا كان او دينا والولية
واخرى لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين واورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القايمة
والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث
كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا بموروثه في ظاهر الرواية
احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في
كسبه لحاجته في التجارة اليه ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث
وجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا انفذ ابو حنيفة بعد الاذن
تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان كالموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما مالية
ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف ولا كتابته وان كان الولي
والوصي يملكانها لان الاذن تناول ما كان من صنع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي
يعقل البيع والشرى بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد
دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه
على ما بيناه يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الى اخره وحكمه حكم الصبي اذا
بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة قال ابو بكر البلخي لا يصح قياسا وهو قول
ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله اعلم

معتوها فاما اذا بلغ صح

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مالا حتى
ان اقرار الماذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون
الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان الغصب
ما دام قايما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد الماذون
فانه غير مالك لرقبته ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر
احد المتجانسين متصلا بالاخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع
من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل التغلب
للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او غير تقال غصب زوجه فلان وخمر فلان
وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ مال
يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربي
في دار الحرب فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد
المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد العدوان عليه

وثمرة الاختلاف تظهر في زوايد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمغصوبة
عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق
والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا
ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم
وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد ولا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع
قال ومن غصب شيا له مثل فالمغصوب اما ان يكون قايما في يد الغاصب او لا والاول
سيجي والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه او لا فان كان الاول
فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب
هو المثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل
اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من
مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل
مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فجاز ان ادفع للضرر فان الغاصب
فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى
فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه يوم الخصومة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف
انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد الى
اخر كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف ليست الاقوال بحسب ترتيب الزمان على
تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال
على هذه الازمنة لم يثبت الاستقدام قول ابي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم
غصبه قال المصنف رحمه الله معناه اي معنى قوله لا مثل له العدديات المتفاوتة
ان معناه الشي الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك
كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في
الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتفاوت
كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت قيل وصح انما اقتصر على الكيل ولم يقل
والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم
والطشت وليس بواضح لان من الكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فعليه
القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين المغصوبة ولعمري تقديم هذا القسم كان ادع
انسب فاصل لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده اي على صاحب اليد عين
ما اخذت اليد حتى ترده وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا
ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية الفايق والمصابيح بدون حرف العطف
وحرف النفي ومعناه ان لا يريد باخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب

السرقة

42

السرقة جاد في ادخال الاذى عليه او قاصدا للعب وهو يريد انه يجد في ذلك ليغيظه ولان اليد
حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم لشراه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما
اذا كان مديونا فانه ليس هناك شايبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد
فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد
القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين
مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرا الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه
يبرا حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال
ثابتا لما صح الابرا لان الابرا عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكوة
فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيا وهو قايم في يده لا يجب عليه الزكوة
اذا استغرق النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي
لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون
عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابرا انما هو بعرضية ان يوجد
فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابرا صحيحا من ذلك الوجه وقد قررناه في
التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب
منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكوة ما ذكرنا في الابرا ثم الواجب الرد في المكان الذي
غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت
باقية اظهرها ومقدار ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضا بالقيمة فان
رضي او حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها قضى عليه ببدلها بما اتفقا عليه من القيمة او اقام المالك بينة
على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير ان الغاصب اذا غيب
المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور
في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل قال والغصب فيما
ينقل ويحول لان الغصب انما هو فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة
بلدان والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان واثباته في مكان اخر كما في حوالة البلاد
والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان اخر لان الغصب بحقيقته يتحقق في المنقول دون غيره
لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب
عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال
محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول والشافعي رحمه الله بتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع
الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على
محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر داره من رجل فانها في
يد المستاجر حقيقة وفي يد الاجر حكما لكنهما يدان مختلفان فيتحقق الوصفان يعني ازالة يد المالك

واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي بتحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في
تحقق الوصفين وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا
بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول
به في غير صورة الجحود ساقط ظاهر وكان التكلف ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام فانه يكتفي
في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الغصب
اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد
المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج
فعل في المالك لا في العقار فاستغنى ازالة اليد والكل ينتفي بجزئه فصار كما اذا ابعد المالك عن المواشي
حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ذكرها
في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط والاصح ان يقول
جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي
يوسف ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقصه
منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي فظاهر واما على قول ابي
حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال
المصنف رحمه الله ويدخل فيما قاله يعني القدوري اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله
الحدادة او القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك
لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها الا بسكناه وعمل بآفة سماوية فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب
ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البايع شيئا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان
عندهما لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البايع بالغصب في حق المشتري باطل
فاذا لم يكن للمالك بينة بتحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه
ويأخذها عن المشتري فلا يضمن البايع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن
قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البايع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بدار لانسان
وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق والا فيهما كاتلاف البايع بالبيع والتسليم
ولا ضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد رحمه الله وعلى تقدير ان يكون قول
الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو قام البينة
على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما مسئلتنا فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم
بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بعينه الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون
البايع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كانت تستاجر
هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير

بن يحيى

43

بن يحيى وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكروا خلاف النسخ وبين
المراد واستدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب
القيمة يعني على رأي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او يتقرر في
القيمة بذلك السبب يعني على رأي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت
القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب يعتبر قيمته يوم
الغصب ولا فصل في ذلك بين ان يكون الهلاك بفعله او بغير فعله وان نقص المغصوب في يد الغاصب
ولم يجبر نقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان يكون جارية فاعورت
او ما هنا الذي بين فانكسرت يداها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه
بجميع اجزائه بالغصب وقد فات منه جزء فتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واما اذا
انجبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا
يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما ان يكون الرد في
مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان
لم يكن فيه تخير المالك فيه من اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيرده لان النقصان
حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فجاز له ان يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر بعوده
بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فيما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف البيع معطوف على قوله
بخلاف يعني اذا نقص شيء من قيمته في يد البايع بفوات وصف منه قبل ان يقبض المشتري لا يضمن
البايع شيئا النقصان حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان تحش النقصان
كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البايع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا
بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف
لا تضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان
لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذوات بجميع اجزائها واوصافها فكانت مضمونة قال
المصنف رحمه الله ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربويات
اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او انا فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين
النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه
ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله قال ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب
عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في
ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر رده فوجب رد
قيمته النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف لا يتصدق بها
وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما
الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا
اذا ضمن ولهما القول بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك

الغير وما هو كذلك فتسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل واصله حدث الشاة
المطلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندا فانى يكون الخبث اجاب بقوله
والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا ظهر في حق القايم دون
الفايت فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في
اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول فيزول
الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه
المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله
الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة تاويل المذكور والاجر والمال لانه محتاج اليه وللمحتاج
له ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانه ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان كان فقيرا فلا شي عليه لما
ذكرنا انه محتاج ولذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شي عليه وان كان غنيا
فعليه ان يتصدق بمثله قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية الغاصب اذا تصرف
في المغصوب او المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لابي يوسف وقد مرت الدلايل وجوابها في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل
التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما
كرر الشراء في وضع المسالة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب
الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر واما فيما لا يتعين بالتعيين كاثمان الدراهم والدنانير
فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى
بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد
منها فانه يطيب له وهذه اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط
وجها اخر لا يطيب له فيها ايضا وهو انه دفع الى البايع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك
الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا يتعلق
التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان تتاكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم
على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا لا يطيب له
قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال اي في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين
والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال ذلك لانه اذا نقد منها ولم يشر فسلامة
المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يصير عنها عوضا فلا تنبت شبهة الخبث وان اشار اليها
ونقد من غيرها فالعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان العقد تعلق بها
فيمكن شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب
التصدق وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشي
بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل

وما زاد عليه دراهم ولم يتصدق فلا يطيب الربح **فصل** لما فرغ من بيان حقيقة الغصب
وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض
وحق العارض الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم
منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولم يحل له الانتفاع بها
حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار
العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه
وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها
لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها لتناول الحنطة اذا
غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها
يزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها تناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى
دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة
الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على
انه لا بد للغاصب فيه من فعل قوله وهذا كله يعني زوال ملك المالك وملك الغاصب
وضمانه عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف
رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا اذ
الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا
وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب الا ترى ان الربوا يجري بينهما ولا يجري
الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي رحمه الله يضمنه لان على اصله يضمن النقصان
مع اخذ العين في الاموال الربوية جايز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه
حقه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرما بعد موته قوله وللشافعي عطف على قوله
لانه يؤدي الى الربوا وتقريره ان بقا العين المغصوبة توجب بقاه على ملك المالك لان الموجب
الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاوه على ملك المالك لان الموجب الاصلي
في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاوه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية فيبقى
على ملكه وتتبعه الصفة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هب الريح في الحنطة والقاها في
طاحونه وطحنت فان الدقيق لمالك الحنطة لذلك هذا فان قيل هو تمثيل فاسد لانه تحلل في صورة
النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح
سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا
عدم الفعل اصلا وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا
ذبح الشاة المغصوبة واربها اي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب
الملك لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها
وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى

انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه اي حق الغاصب في الصنعة قايم من كل وجه وما هو
قايم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا
ترجيح كان الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قايمة بالذات تابعة لها فينقطع حق
المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قايمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا نجعل
سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان هذا
الفعل جعلناه من جهة يفوت يد المالك عن المحل وهو محظور ومن جهة احداث صنعة متقومة
وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى قوله بخلاف الشاة جواب عن قوله
وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على
وجه تبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة
مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاديب ولا يقال شاة ماذوبة
بل يقال ماذوب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك
الا انه لما ادبجها فقد بقي اسم الشاة فيها مع ترجح جانب اللحمية فيها اذ المعظم المقصود منها
اللحم ثم السلخ والتاديب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل
تبدل العين بخلاف الطحن والشي بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها
ان ياخذها قوله فهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك
وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسايل الغصب فانه اذا غصب
دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل
الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع فكان بالخيار على ما سيجي لان عين الثوب
قايم لم يتبدل اسمه قوله ولا يحل له الانتفاع ظاهر وقوله ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت
الملك مطلق للتصرف يعني ان المالك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه ملك المالك بالدلايل المذكورة
والملك مطلق للتصرف اي من غير توقف على رضى غيره الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه
الاستحسان ما ذكر في الكتاب وهو حديث رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي
برده عن ابي موسى الاشعري رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة انصاري
فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبرني
انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعز من هذا لم ينفس علي
بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسرى قال
محمد بن الحسن رحمه الله يعني المحبوسين فامر بالتصدق مع كون المالك معلوما سانا ان الغاصب
قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وبثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه
ولما امر بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضا قوله
ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول وهو ظاهر وقوله وينفذ بيعه جواب عن قوله
ولهذا لو وهبه وتقريره ان نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزمه الاباحة كما في الملك

الفاسد

الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يودي بدلها وكلامه واضح وقوله او ضمنه
الحاكم يعني اذا كان مال اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم الى قوله كمن غصب شاة فذبحها وشواها
او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله واصله ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل
هذا الفصل من تعليل مسلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان قال
وان غصب فضة او ذهبا اذا غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او انية لم يزل
ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فاخذها ولا شي للغاصب وقالا يملكها الغاصب
وعليه مثلها لانه احدث صنعة متقومة معتبرة صير احدا بها حق المالك هالكا من وجه
الا ترى انه كسرها وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس المال في
المضاربات والشركات وبعد ما ضرب صلح كذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما
لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم او دنانير وشرف لذلك ينقطع حق
المالك كما تقدم ولابي حنيفة رحمه الله ان العين باقية من كل وجه الا ترى ان الاسم باق والاحكام
الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكوة
كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك وقوله وصلاحيته لراس المال جواب عن قوله
والتبر لا يصلح الى اخره وتقريره ان الصلاحية امر زايد على مقتضى الطبيعة حدث بالصنعة
لا انه اهلك العين بها من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة
متقومة ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها
وانما تتقوم عند مقابلة خلاف الجنس لمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا
عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها
كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلرعاية حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا
يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجد صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور
والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال
الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة معتبرة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال
حق ثابت من كل وجه ومن غصب ساجة بالجيم هي الخشبة العظيمة لان الساجة بالحاسا في بعد
هذا فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت
قيمة البنا اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البنا فلم يزل ملك مالكها وسيظهر
لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه اخر لنا فيه وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من
الجانبين قد مناه يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
الى اخره ووجه اخر لنا فيه اي في تعليل هذه المسلة ان فيما ذهب اليه الشافعي اضرارا بالغاصب
بنقض بنايه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط
المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب في سفينته والسفينة مع من عليها في لجة البحر
ليس للمالك ان ينزع لوجه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عنده

فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنه من حيث ان فيه تلف النفس لا لان
المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما
حق المالك و عينه وجعل حق عينه اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانا
متساويين ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي
الساحة لانه غير متعد في البنا واما اذا بنى على الساحة ينقض لانه متعد فيه قال المصنف
رحمه الله وجواب الكتاب يعني قوله بنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه تعبير عما كان
عليه لان الساحة قبل البنا عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغيره ذلك وبعده بلغ
لا تصلح لشي من ذلك الا بالنقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك قال ومن ذبح شاة غيره
ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شا ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شا ضمنه نقصانها
وكذلك الجزور وهو ما اعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه
يجب ان يستحق اجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فكان زيادة منه لا نقصا حيث
اعد الجزور غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لانه نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان
للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواها من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت اخر
لمصلحة له في ذلك ولذلك قطع يدها اي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روي
الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يضمنه شيا يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة
زيادة على ما سر وجه الظاهر ما ذكره انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض ٢٢
من الحمل والدر والنسل وبقا بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجي
ولكنه لا يعم الجزور ونظائره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الاغراض اذ لم يجعل البيان
منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير ماكول
اللحم فايدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدها على قوله
ان شا ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شا ضمنه نقصانها فدل انها في الحكم سوا ومن الشارحين
من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما
يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه فكان فايدة ذكر غير ذلك الظاهر وفيه
نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول ولذلك اذا كانت غير ماكول اللحم
والثاني ان التعليل يدل على تغاير الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال
في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار
المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها وتكون ذلك اختيارا منه وان كان
نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة وتضمين نقصانها وتكون ذلك والمغني فقال
وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار او رجله وكان لا يجي له ان يمسك ويأخذ
النقصان قوله بخلاف طرف العبد المملوك متعلق بقوله للمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق

بين الادمي وغيره ان الادمي اذا قطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك
لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس
في احد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب
دونه فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير
واشار في القدوري الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى الباقي منفعة الثياب بان لا
يصلح لثوب ما قال المصنف رحمه الله والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين قيل يعني من حيث
الظاهر والغالب اذ الظاهر انه الثوب اذا قطع يفوت شي من اجزائه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه
بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان يعني من حيث
المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب
نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه فله ان ياخذ ثوبه ويضمنه ما نقصه
القطع وان شا ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما
قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقبا وامثاله والساقط اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد
رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين
قايم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب
عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه من قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القبا والقميص وبعده لم يبق ذلك
فكان مستهلكا من وجه وان شا اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين
باق وكذا بعض المنافع قايم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة او الى جانب العيب واخذ
العين وضمن نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص
وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال ومن غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان
القاضي الامام ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه مفصلا فقال ان كانت قيمة
الساحة اقل من قيمة البنا فليس له ان ياخذها وان كانت قيمة الساحة اكثر فله ان ياخذها قالوا هذا
قريب من مسايل حفظت عن محمد رحمه الله قال في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة
انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شا
اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شا ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة ولذلك
اذا ادخل قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر اخراجه نظرا ايهما كان اكثر قيمة ضمن صاحبه بدفع
قيمة الاخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف ايهما شا وله امثال غيرما ذكره
وقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق في المغرب سمي عرق اي لذي عرق ظالم وهو الذي
يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه
مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله يقوم الارض الى اخره
يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب
الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البنا قوله ومن غصب

ثوبا إلى آخره ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساجة يعني كما أن في فصل الساجة يؤمر بالقلع إذا لم تتضرر
الأرض به فكذلك ههنا لأن في كل منهما اشتغل ملك الغير بملكه وقوله لأن التمييز ممكن يعني بالعصر
قوله ولنا ما بينا يعني في مسألة الساجة بالجمع بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيار لصاحب الثوب
جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى صاحبه وضمنه قيمة صبغه
وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر للجواز وقوع التنافي بينهما وتخيير المالك
أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة
وقال أبو عصمة المروزي في أصل المسألة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر واحترز بهذا
القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وإن كانت
مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة فقيده بذلك تصحيحا للنقل وقد ظهر
بما ذكرنا في مسألة الصبغ والانصباغ الوجه يعني جواب المسألة وتعليلها في السويق من حيث الخلط
والاختلاط بغير فعل غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن
قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا والمراد منه قلم
أي من القيمة المثل سماه به أي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه أي لقيام المثل مقام المغصوب
وذكر الضمير في منه وبه وتأويل ما يقوم قوله فعن محمد أنه يبطل إلى آخره معناه أن ينظر إلى
ثوب يزيد فيه الخمس فإن كانت الزيادة خمسة مثلا فأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن صاحب الثوب
استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة
قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله ل

فصل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل
بمسائل الغصب ومن غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار إن شاء صبر إلى أن يوجد وإن شاء ضمنه
قيمتها فإن اختار تضمينها فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي قال الغصب
عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فإنه لا
يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملك
بدل شيء خرج المبدل من ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك
البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير
إلى أن سبب الملك هو الغصب والإمام لكن سبيل الشافعي بذلك سابقا وهو مذهب القاضي أبي
زيد فإنه قال في الأسرار قال علماؤنا رحمهم الله الغصب سبب الملك في المغصوب عند القضاء
بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فإن الملك لا يثبت عند أداء
الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب
للملك لكان إذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف
إذا تم بالإجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة
بعض الشنعة فإن الغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا
فيه

فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا له فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم
به ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع وقيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان
أنه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت
الزيادة المنفصلة وقوله نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل
النقل فإن مولاه لو باعه وحكم الحاكم بجوازه جاز البيع وفسخ التدبير وتقرير الجواب بالموجب
يعني نعم هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفا للقن
لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه قال
والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه إذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب
مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك
لأنه أثبته بالحجة الملزمة فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة
المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل
وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول
قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة
ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين ك
وبإقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وبإقامة
البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع وكان المصنف رحمه الله اختار قول من
قال ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يكن وهو الأصح قال
محمد رحمه الله في الأصل إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية وأقام على ذلك بينة
يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن يحفظ
هذه المسألة لأنه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وإنما كان
ذلك أصح لأجل الضرورة فإن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة وحين يغصب إنما
من الشهود معاينة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف ف
لأجل التعذر وتسمع شهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم وصار ثبوت ذلك بالبينة
كثبوته بإقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا لا احتياج إلى تأويل بكر الأعمش وهو ما قال
تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع
جهالة المغصوب لأن المقصود إثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فإن
ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن فإما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أو لا فإن كان الأول كما لو
ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين
للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وإن كان الثاني
كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض
لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فإن قيل أخذ القيمة وإن كانت ناقصة تدل على

بتمام الرضا فكانت كالمسألة الاولى اجاب بقوله واحد ونفاه اي اخذ المالك بادون الزيادة لا
تدل على تمام الرضا لانه اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا تدل على رضاه بخلاف المسألة المتقدمة
لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل
الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان
وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له في استرداده لانه يوفر
عليه بدل ملكه بكماله وهو اي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط
ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار قال ومن غصب عبدا فباعه ومن غصب عبدا
فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه
لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد
ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما ذكروا الناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق
الا ترى كالمكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم يضمنه احترازا
عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم يضمن الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح
قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي قال وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال
وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب المالك
والاكساب الحاصلة باستعمال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى يضمن بالتعدي لما انها عوض
من منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب
مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو
موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه
لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات على مال الغير
على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول الكتاب كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس
بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا
يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا
فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب
بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال
الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب
حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا الضمان كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه
واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فانه يفوت
به حصره لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام
مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في المشتري
واجيب بان الضمان ليس بصفة ثابتة في الام بل هو لزوم حق في الذمة ذمة الغاصب فان وصف به المال
كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان انتقاضا لها وذلك كـ

للغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع
القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا او المغرور اذا منع الولد يضمن الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن
الاولاد بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب
ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان
كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما
يكون تعديا قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه
ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان
فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب
صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا رحمهم
الله واذا اطلق يعني لو قيل لوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال
او بعده فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم ونوابته كان امنا في الحرم صيدا وذلك في بعده
عن ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر
الجزاء بتكرر هذه فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك
الصيد من الحرم وجب جزاء اخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية
التي هي الاخراج من الحرم قوله وجب يعني الضمان بالاعانة والاشارة بالنص فلان يجب بما هو فوقها
وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى قال وما نقصت الجارية بالولادة ما نقصت الجارية
بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد
الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه
بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فاتت كلها فان ردت الجارية
والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح ان يكون جابرا لذلك النقصان لم يضمن الغاصب
شيئا وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد
الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان
فانه لا يجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد ومات
الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه اخر او قطع قوائم شجر الغير فنبتت
قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم
وازدادت به قيمته فانه لا يجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الخصاء
والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما
والعلوق عند ابي حنيفة على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية
وزنى بها على ما سيجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة
والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في
ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل

قيمته نقص الفاضي به ثم رجع العالم بقيمتها شيئا وهذا لان الفوات الى خلف رجل كلا فوات فصار
كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب
في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحسب غير نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه
الى خلف قوله وولدت الظبية ممنوع جواب عن قولهما ونقول لا نسلم ان النقصان
في الظبية بالولادة لا يجبر بقيمة الولد لانا لا نسلم ان الام اذا ماتت لا تجبر قيمتها بقيمة
الولد اذا كان فيها وفا وهذا المنع على ظاهر الرواية واما تخريجها على الظاهر فهو ان كلامنا
فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك كان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب
لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا وروى عن ابي حنيفه رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان
الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب
الولادة دون موت الام ورد العينه كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد
فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك الولد
قبل الرد ووجهه ان كلامنا فيما ورد الام بنقصان الولادة هل يجبر النقصان برد الولد اذا
كان الولد هالكا كيف يجبر النقصان به والخصا لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن
له اعتبار في الشرع وما ورا ما يلي ذلك فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون
مثلا لمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها واصل نكته الخصم وهو ان الولد ملك المولى
فلا يصح ان يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله اجيب بان المصنف اشار الى جوابه
بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه يوسع في العبارة
فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب
لئلا يجتمع البدل لانه في ملك شخص واحد اجيب بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس
ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك المولى فان قيل
الولد امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف رحمه الله من عدم
عده نقصانا لا يضمنه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المصنف
ما الطفه ذهنا جزاه الله عن المخلصين خيرا قال ومن غصب جارية فزنى بها قال
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفه رحمهم الله في رجل يغصب جارية فيزني بها
ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال
ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وتابعه المصنف
في قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد لان
الحبل كان موجودا وقت الرد فلا الرد تدرج لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب
البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث هلكت عنده بسبب كان عنده اجاب بقوله
والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك
لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب

فردها

49

فردها فجلدت فهلكت منه ولمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع ولم يعلم المشتري
بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن فلا يضمن الغاصب
قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابي حنيفه رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه
ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف
وردها وفيها ذلك فصار كما اذا احبت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او اذا دفعت
بها بان كانت الجناية خطا فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى
بها رجل بكرهه فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت
عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد لكونها حرة قوله وفي فصل الشرى
جواب عن قولهما لمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع بطريق الفرق وهو ان في فصل
الشرى الواجب على البايع ابتدا التسليم اي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد
وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا ينعدم التسليم وما ذكرناه من وجوب الرد على
الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد
بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه ان الشرى لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا يدخل
في الشرى ولهذا لا يقابلها شي من الثمن فكان الواجب على البايع تسليم العين الذي هو مال متقوم
وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا
لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا
دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب
فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة
كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قايم في يد
الغاصب بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يده الى اخره وتقريره ان الزنا
الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك
بجلد متلف كان غير ما وجد في يد الغاصب فلا يضمن قال ولا يضمن منافع ما غصبه
منافع ما غصبه غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي
رحمه الله مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما يسمى الاول
غصبا والثاني اتلافا في شمولا للعدم عندنا وشمولا للوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال
ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال ابو حنيفه رحمه الله والشافعي ان المنافع
اموال متقومة لكونها غير الادمي خلق لمصلحة الادمي ويجري فيه الشح والضنة ويضمن
بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصب لان العقد لا يجعل غير المتقوم
متقوما كما لو ورد على الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اي
تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم يكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث
في امكان الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته فان المالك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة

التكالف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن بملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها والاتلاف وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقا لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقا الاعيان واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفنا والبقا غير معتبر وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحًا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق وباق لا بين باق وابقى فكان السوال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الاخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شرا الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل ان القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذه الماخذ اي العلل التي هي مناط الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها والاتلاف وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان في المختلف يعني في مختلف ابي الليث رحمه الله وقوله ولا نسلم انها مماثلة متقومة جواب عن قوله المنافع اموال متقومة وتقريره انا لا نسلم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل تتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه الا اني اي لكن ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزا العين

فصل في غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ان ديانة المغصوب منه متقومة او مصيره في نفسه الى التقوم قال وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسألة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الاخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باع الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم والله اسقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة عندنا دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سال عماله ماذا يصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم تفعل ذلك الا لانهم يدينون بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني ثم نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني لا نجبرهم على الترك بالالزام بالسيف لعقد وحينئذ تعذر الالزام على تركنا الدين فبقي التقوم في حقهم والذمي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك



يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع عدم اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح يوجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذ لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثليه ونذكره الضمير في الكتاب بتاويل الشراب او المذكور لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه قوله وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى انه يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون اي احترز لا انساق ما بعده من العطف حينئذ وقوله لانه مستثنى من عقودهم يعني بعدم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لانه من ديانتهم حرمة الربوا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي وان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله وجه الجواب انا ما ضمنا لهم ترك التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي في ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقر عليه ذلك بخلاف الارتداد وقوله وبخلاف متروك التسمية يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان نقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شيء ذي مالية فيهما او لا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين او لا فان كانا باقيين فللمالك ان ياخذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر

الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه
حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو
نص وثم يكونا ناصيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفه
رضي الله عنه وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا
ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه
على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ
ولا الضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه
وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلهما انه باق على
ملك المالك حتى كان له ان يأخذه قال العدوري يعني اذا غصب الجلد
من منزله فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان
يأخذه وعن ابي يوسف رحمه الله ان له ان يأخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا
على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ
فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه وقوله
ولانه واجب الرد دليل اخر وتقديره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده
فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق
الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره
في شروح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس
يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ
ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفه رحمه الله
لا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعة
متقومة لاستعماله الا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ
فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا للصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو
الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا اهلكه ثم
غير صنعه فان عدم الضمان هناك انما هو باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك
الجلد ولان الغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك وقوله بخلاف الرد
جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الجلد
والملك غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل
ان الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد
يتبع الملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده وتتبعه الصنعة وقوله بخلاف
الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا او لحم ذكي استظهار لان التقوم فيهما

اى

اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان
الجلد قائما فاراد المالك ان يترك على الغاصب في هذا الوجه اي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم
ويضمنه قيمته فقيل ليس له ذلك بلا خلاف لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة
وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل ابي
المسئلة خلافا فالادليل المخالفين ووجه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب
عن رده فصار كالاستهلاك وهو لا يضمن بالاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه انفا وفيه نظر لان العجز
في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز
التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما
فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي
غير مدبوغ هذا اذا دبغ بما له قيمة وخلل بغير خلط شيء واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته
في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم
جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته
مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل
الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند
ابي حنيفه رحمه الله وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله
قالوا يشير الى ان فيه قولا اخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا
يعتبر ويأتي كلامه ظاهر سوى الفاظ نشير اليها قوله فهو على ما قيل وقيل بتكرير قيل اشارة
الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك
الى ان قال فقيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله
وهو على اصله ليس باستهلاك اي اصل محمد رحمه الله فان اصله وهو قول ابي يوسف
رحمه الله ايضا ان خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وعنده كان الخل
مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل
المغصوب منه وقوله هو للغاصب في الوجهين يعني ما اذا صارت خلا من ساعته
او بعد زمان وقوله اخر اجواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب
الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ومعناه ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل
بغير شيء كما تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه
كلها وهي التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه
يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا الخ قال في الجامع الصغير
ومن كسر لمسلم بربطا وهو الة من الات الطرب والطبل والمزمار والدف فهو ضامن
وقوله اهراق له سكرا اي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق

بسكونها والقاف في الاول يدل عن الهرم وفي الثاني زايدة وكلامه الى اخره ظاهر لا يحتاج الى الشرح

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة وعدونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة وقوعه اسبابه من الاستحقاق في الشاعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراه الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة او جوار قال الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المصنف رحمه الله افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هولاء وافاد الترتيب والدليل على الاول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم اي ثبتت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الاخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غايبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه قبل معناه احق به عوضا عليه للبيع الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غايبا واحتج بانه صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله عليه الصلاة والسلام الايمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره اي حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه وهذا اي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان حق ثبوتها لدفع مونة القسمة التي تلزمه وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم ولا مونة عليه في الفرع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه ان نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبير والحمام ولنا ما روينا

من

من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار احق بسقبه رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار وهو ظاهر لانه المفهوم من وقوله مما يتابد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشترا شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض رفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعول له مهرا اعتبارا اي الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه اذ لا اتصال على هذه الصفة يعني اتصال التابيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتمليك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة ابايه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من الرفع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مونة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم ياخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مونة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم تقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفى الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه يستحق بها الشفعة اولا فبين رسول الله عليه السلام عدم الشفعة فيها والدليل على الثاني اعني على الترتيب قوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر ولان ضرر القسمة يعني قد ذكرنا ان دفع ضرر مونة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق وليس للشريك في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان المتاخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية فان سلم فللمتاخر ان ياخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليتمكن من الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشفيع فلا حق له بعد ذلك وعن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم

حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار
مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في
بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى لان المنزل من
حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها او البقعة واحده
اراد الموضع الذي هو مشترك بين البايع والشفيع وذلك في حكم شي واحد فاذا صار
احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سوا في بقية الدار
ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من
بين المقاسير المذكورة والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا اشاب
شي وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكره في كتاب القضا وهو قوله لان فتحه
للمرور ولا حق لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان
فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا
وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في الكتاب ولو كان نهر
صغير يوخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة
غير نافذة الي اخره يتشعب منها سكة غير نافذة الي اخره فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار
جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر
كانت الشفعة لاهل الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة
العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الي قوله
لان العلة هي الشركة في العقار واذا اجتمع شفعا اذا اجتمع الشفعا
فالشفعة على عدد روسهم خلافا للشافعي رحمه الله فاذا كان دار بين ثلاثة لاحدهم
نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة
قضي بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثلاثا بقدر ملكيهما
لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك
كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا اية كمال السبب والتساوي في
سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب
الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فاني يتساويان اجاب بقوله وكثرة الاتصال يوذن
بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع
والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرتها ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث
يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيا لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح
وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد يستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز ان يكون
صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن

فانه

فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية
مطلقا يستلزم ذلك او التي لم يجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن
ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح
بكثرة العلة وليس بصحيح الا ترى ان الشاهدين والاربعة سوا ولم يستلزم الهيئة الاجتماعية
زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان انضمت احداهما
الي الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت عصوبته بجعل الشارع
لذلك من حيث الحالتان وقوله وبملك ملك غيره جواب عن قوله الشفعة من ثمرات الملك
يعني ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية
ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه وقوله ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعا واسقط
بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون قبل القضا له بحقه او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين
في الكل على عدد روسهم دون انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم
والانتقاص للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غايبا يقضي بها بين الحاضرين
على عدد روسهم لان الغايب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك
حق الحاضرين بالشك وان قضي للحاضر ثم حضر اخر وطلبها يقضي له بالنصف فان حضر
ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضا له بحقه فليس
للاخرين ان ياخذ الا النصف لان القاضي لما قضي بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من
جهة صاحبه فيما قضي به لصاحبه والمقضي عليه في قضيه لا يصير مقضيا له منها ولا فرق
في هذا بين ما اذا استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم
الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان قضا
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغايب عن النصف بخلاف ما قبل القضا قال والشفعة
تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو يتوهم ان البيع هو السبب فيكون
سببها العقد وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بينا يعني في قوله ولنا انهم استووا
في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ رحمهم الله لانها انما تجب لدفع
ضرر الدخيل على الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق بانفصال ملك البايع بملك
الشفيع ولهذا قلنا ثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لتحقق ذلك ورد بانه لو كان البيع
لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا ترى ان الابرا عن سائر الحقوق بعد وجود سببه
الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بان الاعتبار لوجود الشرط بعد
تحقق السبب في حق صحة التسليم كادا الزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل
والجواب ان ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل
تحقق المشروط غير خاف على احد قوله والوجه فيه اي في هذا القول وقيل ان الشفعة انما تجب
اذا رغب البايع عن ملك الدار ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرفه

وهو البيع فقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع
دليل على ذلك فكان قايم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقراره صح له ان ياخذه
وان كذبه المشتري وتوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه
قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك ترددا لبقا الخيار للبايع بخلاف
الاقرار فانه خبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما عمه والهبة لا تدل على
ذلك لان غرض الواهب المكافاه ولهذا كان له الرجوع فلا تنقطع عنه حقه بالكلية
قال ويستقر بالاشهاد للشفعة احوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك شرط
البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب ولا بد من طلب
المواثبة اي من طلب الشفعة على المسارعة اضاف الطلب الى المواثبة ليلبسه بها لانه
اي لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الخبر حق ضعيف يبطل بالاعراض قال صلى الله
عليه وسلم الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما
هو كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعراض عنه اوداوم عليه والاشهاد والطلب
يدل لان عليه اي على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه
الا بالاشهاد والتملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري وبقضا القاضي ودليله
المذكور ظاهر وقوله وتظهر فايدة هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد
الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذا مات
الشفيع لانه لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره لزوال
السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب
الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يها غيرها وقوله ثم قوله يجب بعقد البيع
يعني قول القدوري رحمه الله باب طلب الشفعة
والخصومة فيها لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته
وتقسيمه قال واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوا الفاظ بينه
عليها طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على السرعة والمبا
دره قوله وهو ان يطلبها كما علم اي من غير توقف سوا كان عنده انسان او لم يكن وقوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم
انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة
ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس
بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري رحمه الله لو
قال القروي بيع ارض بجنب ارضك فقال شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا ومن
الناس من اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واحدها وطلبت شفعته لان كلامه وقع كذبا
في الابتدا فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه انشا عرفا ومنهم من قال لو قال

الطلب

54

الطلب واحد بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكر المصنف رحمه الله وقوله واصل
الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر في اخر فصل القضا بالمواريث
وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد بأخواته المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع
والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنه اي عند ابي حنيفة
رحمه الله يعني ان المراة اذا اخبرت ان زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان
المخبر او غير فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكر انه ليس فيه الزام
حكم حتى يشترط فيه احد شطري الشهادة وقوله او على المشاع يعني المشتري او عند العقار
قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه
الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشرا حال غيبته عن المشتري والبايع والدار اما اذا
سمع الشرى بحضرة احد هولا فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم
مقام الطلبين فان طلب الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت
الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحي مصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في
مصر والاخر في مصر اخر او في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا
واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احد هولا حتى لو تمكن
ولم يطلب بطلت شفعته قوله ولا تسقط بتاخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث
وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا تركه
بمرض او حبس او غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت
المدة قوله وما ذكر من الصور جواب عن قول محمد رحمه الله يعني ان الشفيع اذا كان غايبا
لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر
في لزوم الضرر فكما لا تبطل وهو غايب لا تبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة ان
الشفيع اذا كان غايبا فعلم بالشرا فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر
المسير الى المشتري او البايع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر
المسير الى احد هذه الاشيا فلان يطلب هذا الطلب او ان يبعث من يطلب فلا شفعة قال
واذا تقدم الشفيع الى القاضي هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر
قوله لاختلاف اسبابها فانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب
بغيره اولا وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب
بابا فلا بد من البيان وقوله ثم دعواه قيل لم يتم بعد بل لا بد وان يساله فيقول هل قبض المشتري
المبيع ام لا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البايع ثم يساله عن السبب
ثم يقول له متى اخبرت بالشرى وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت او لا فان
عند ابي يوسف ومحمد اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا
لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير وقيل ثم بعد

ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث سأله عن
طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب
اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه
الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل ان يكون يد ملك واجارة
وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد ثبتت دعواه فان عجز
استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به
لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكر لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا
على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل
ابتاع ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز
عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر
وهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه مزيد ما ذكره في فصل
كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال وتجوز المنازعة في الشفعة
وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى
القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف رحمه الله وهذا ظاهر رواية الاصل
ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي
يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن
منه او من ورثته ان مات وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى
مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول
الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشتري وانما ينظر له باثبات
ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليكون قد اضر بنفسه
قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان
دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة
اذا ماطل في دفع الثمن ووجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا
يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء بها ليتمكن
المشتري من المطالبة واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون
القضاء نافذا عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه
فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا يبطل شفعته لانها تأكدت
بالخصومة عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع وان احضر الشفيع البائع
الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة له اي معتبرة
كيد المالك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما

قال

قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا
ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة
على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون المشتري
لا بد من حضوره مع البائع لسماع الدعوى فلعلتين اشترك في احدهما مع البائع وتفرد بالاخرى
واما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع
عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور البائع
اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا اذ ليس له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله
وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ
البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لان نقض البيع انما هو جعل لاجل الشفعة
ونقضه يفضي الى اسقاطها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ
المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة
ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشرى وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج الى الفسخ لان
الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى اصل البيع اعني الصادر من البائع وهو قوله
بعت مجردا عن الاضافة الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد على موضوعه
بالنقض كما ذكرنا فيتحول لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع
وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول
المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى
غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري الى الشفيع
بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد
رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على
ان البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه
من العيب وانما يتغير في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول
المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل وقوله
فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع بالعهدة على البائع لانه بائع كما كان ولو كان بعقد جديد
كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة
عليه لانه تم ملكه بالقبض قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم المشتري اذا كان وكيلا
فاما ان يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد
والعاقد تتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو
الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة
حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل قال
قيل لو كان الوكيل بالشرى كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة

فاذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البايع والمشتري على ما تقدم اجاب
المصنف رحمه الله بقوله الا انه مع ذلك قام مقام الموكل لكونه نايبا عنه فلا يكتفي بحضوره
والبايع ثم ليس نايبا عن المشتري فلا يكتفي بحضوره قوله وكذلك اذا كان البايع وكيلا ظاهر
وقوله اذا كان البايع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا فان ٢
الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله
واذا قضى للشفيع بالدار الى اخره ظاهر وقد ذكرناه ايضا **فصل**
في الاختلاف لما ذكر مسايل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل
شرع في بيان مسايل الاختلاف بينهما فيه قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن
الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البايع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع
يدعي على المشتري استحقاق الدار باقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيا لتخيير الشفيع
بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجز عن اقامة البينة
كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد
الاقل والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد فيه نص ولا هو في معنى
المنصوص عليه من كل وجه وان اقاما البينة فهي للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف هي للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البايع اذا اختلف هو والمشتري
في مقدار الثمن واقاما البينة فان البينة للبايع وكبينة الوكيل بالشرى مع بينة الموكل
اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا
في ثمن العبد الماسور فانها للمشتري لما في ذلك اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين
في حق الشفيع لجواز تحقق العقدين مرة بالف واخرى بالفين على ما شهدوا عليه البينتان
وفسخ احدهما بالاخر لا يظهر في حق الشفيع لتاكد حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه
وله ان ياخذ بايهما شا وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان
الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح
عند تعذر التوفيق وهذا هو الترجيح لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري فلا
يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روي ابن
سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران اي بحسب ما يوجد البينتان
فكان للموكل ان ياخذ بايهما شا واما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة
بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولين سلمنا ان البينة للمشتري فذلك
باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة ابي
حنيفة في هذه المسلة حكاها محمد رحمه الله واخذ بها وقوله ولان بينة الشفيع ملزمة لانها
اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار عما اذا ادعاه الشفيع شا او ابى والملزم منهما
اولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شي

ولكن

ولكنه مخير بين ان ياخذ او يترك وغير الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة اخرى له حكاها
ابو يوسف ولم ياخذ بها وعلى هذا وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البايع والمشتري والوكيل والموكل
فان كل واحد منهما ملزمة فلهذا اصرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها
ملزمة على بينة المشتري من العدو ولانها غير ملزمة قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى
البايع اقل منه اذا اختلف البايع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون
القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما ان يدعي البايع اقل او اكثر
فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجه المذكور في
الكتاب واضح وقوله ولان التمليك وجه اخر وانما كان التملك على البايع بايجابه لانه لو لم يقل
بعت لا يثبت للشفيع شي الا ترى انه لو اقر بالبيع وانكر المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان
كذلك كان القول قوله وان كان كذلك القول قوله وان كان اكثر وليس بينهما بينة تحالفا وتراد
بالحديث المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فاخذها الشفيع بذلك وان حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق
الشفيع وان كان الفسخ بالقضا لان القضا يجب نظرا للمسلمين لا ابطالا لحقوقهم وان كان مقبوضا
اخذها بما قال المشتري ان شا ولم يلتفت الى قول البايع لما ذكرنا في الكتاب وهو ظاهر وان كان
غير معلوم القبض فاما ان يقر البايع بالقبض او لا فان كان الثاني ولم يذكر في الكتاب فالظاهر ان حكمه
حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول او المعرض ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البايع والدار
في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت
الدار منه بالف وقبضت اخذها الشفيع بقول البايع اي بالالف لانه لما اخذ ابدا بالاقرار بالبيع بمقدار ٣
تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق
باقراره من الثمن لانه ان يحقق ذلك يبقى اجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينيذ يجب ان
ياخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم انفا ان الثمن اذا كان مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس
له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو الف
لم يلتفت الى قوله وياخذ بما قال المشتري لان بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار
اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المبيع اذا كان في يد
البايع واقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البايع فيرجع الى قوله
وهذا ظاهر لانه لا يصير اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا **فصل**
فيما يوخذ به المشفوع لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة
ذكر ما يوخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يودي به الشفيع لان الثمن تابع قال واذا حط البايع
عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة نحة
ليس في الزام الزيادة ابطال مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة ابطال حق ثبت للشفيع باقل
منها وعلى هذا تخرج ما ذكر في الكتاب ان البايع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك

عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شي لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما
ياخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل
لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج عن موضوعه وقد بيناه في باب البيوع في فصل قبل الربوا وباقي
كلامه ظاهر قوله ومن اشترى دارا بعرض اي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع
بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشتراها بكيل او موزون اخذها بمثله فيراعي
بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله بالقدر
الممكن مشيرا الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة
الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان ياخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على
شفعته الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا
يكون معتبرا بخلاف البيت فان اخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وقوله
وان باع عقارا بعقار ظاهر وجهه مما تقدم واذا باع بثمن مؤجل الى اجل معلوم فللشفيع ان شا
اخذها بثمن حال وان شا صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما
لانه لو كان مجهولا لكان البيع فاسدا ولا شفعة وليس له ان ياخذه بالحال بثمن مؤجل عندنا
وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة والاخذ
بالشفعة به اي بالثمن فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط
ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس الرضى
دليل اخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى
الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع للتفاوت بين الناس في الملاة بفتح
الميم وهو مصدر ملا الرجل بالضم ولقايل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت
حق الشفعة لانتفائه من البايع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل
كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس
الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر ووجهه ان وصف الشي يتبعه لا محالة وهذا ليس
كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البايع وقوله وصار كما اذا اشترى شيا ظاهر وقوله
لما بينا اشارة الى قوله لانتفاء قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى
اخر ما ذكره في اواخر باب طلب الشفعة وقوله ان اخذها من المشتري رجع البايع
على المشتري بثمن مؤجل الى اجله يوهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ
كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحويل الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى
العقد والاجل يقتضي الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله وان اختار الانتظار
ظاهر وقوله لقول ابي يوسف الاخر احتراز عن قوله الاول روى ابن مالك ان ابا
يوسف كان يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال له ان ياخذها عند حلوله وان لم يطلب في
الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد

الاخذ

الاخذ بعد حلول الاجل او بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فايدة في طلبه في
الحال فسكوته لعدم الفايدة في الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله
اولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت في البيع اي عند العلم
به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب
عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع ويشترط الطلب عند العلم واما الاخذ
فمتراخي عن الطلب فيجوز ان يتاخر الى انقضا الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال
جواب عن قول ابي يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود منه الاخذ ولين كان فلا
نسلم انه ليس متمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يودي الثمن حالا قال واذا اشترى
ذمي دارا بخمر او خنزير واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها
بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا
فانه لا شفعة له سوا قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة
لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المصنف رحمه الله
اما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين
الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر واجيب
بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف
ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من الذمة او من
تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما
اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة
انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد
على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل وقد كان صحيحا
وبقاوه ليس بشرط لبقا الشفعة وباقي كلامه ظاهر **فصل** الاصل في
المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والانفصال بنفسه او بفعل الغير عارض
فكان جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة
فهو بالخيار ان شا اخذ الارض بالثمن الذي اشترى به المشتري وقيمة البنا والغرس وان
شا كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة
البنا والغرس وبين ان يترك وهو احد قولي الشافعي وله قول اخر وهو له ان يقلع ويعطي
قيمة البنا لابي يوسف رحمه الله انه محق في البنا لانه بناه على انه ملكه والمحق في الشي
لا يكلف قلعه واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلفه القلع
ويرجع في الارض وفي المشتري شرا فاسدا اذا بنى والمشتري اذا زرع فانه ليس له ان
يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا ايما قلنا انه لا يكلف لان في ايجاب الاخذ بالقيمة
دفع اعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله بتحمل الادنى وهو زيادة

الثمن على الشفيع بقيمة البنا الموجود ما تقابلها وهو البنا والغرس فيجب المصير اليه وجه ظاهر
الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير حيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير
تسليط من جهة من له الحق وكل من بنى في ذلك ينقض بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وقوله
من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشرا الفاسد فان بناءهما
حصل بتسليط الواهب والبايع وهذا اي نقض البنا لحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري
ويجوز ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا لانه اي الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري
ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض
تصرفاته بنا وغرسا بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان
فيها تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشرى الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله
عند ابي حنيفة لان عدم استرداد البايع في الشرا الفاسد اذا بنى المشتري في المشترى
انما هو له واما عندهما فله الاسترداد بعد البنا كالشفيع في ظاهر الرواية قوله
ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل منهما اي في الهبة والبيع الفاسد
ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البنا وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تحمل القلع
لحق ضعيف عدمه لحق قوي وقيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البنا في البيع الفاسد
انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه على غير ظاهر الرواية اولا
لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر خلافهما وقوله فلا معنى لايجاب القيمة راجع الى اول الكلام
يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق
والمشتري ان بنى او غرس ثم استحق رجع المشتري بالثمن وقيمة البنا والغرس على البايع دون
المستحق فكذلك ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم
يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله وهذا لانه حقه
اقوى من حق المشتري يتضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد
المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين ما اشترى في الدار
المشفوعة وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ
وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر
به المشتري كثير السلامة النقض له بخلاف الصبغ وقوله وان اخذه بالقيمة معطوف على
مقدر دل عليه التخيير وتقديره الشفيع بالخيار ان شا كلف القلع وان شا اخذه بالقيمة فان
كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بينا في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى
فيها او غرس ثم استحقت الارض رجع بالثمن لا غير على احد من البايع او المشتري لانه تبين ان اخذه
كان بغير حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البنا والغرس ايضا لانه متملك على المشتري فنزل
منزلة البايع او المشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن وقيمة البنا
والغرس فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري مغرور وسلط

على البنا والغراس من جهة البايع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال
واذا انهدمت الدار كلامه ظاهر والتأمل فيه يرشد الى ان في قول من قال انهم يعني ايمتنا انما زعموا
ان البنا اذا احترق لم يسقط شي من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن
فكانهم اعتبروا فعل الما دون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشا الفرق ليس فعل الما وانما
منشاؤه ان البنا وصف والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن اذا فاتت من غير صنع احد واما
بعض الارض فليس بوصف لبعض اخر فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن وان نقض المشتري
البنا فالشفيع ان شا اخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شا ترك لان البنا صار مقصودا بالاتلاف
فتقابله شي من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مقصودا فلم يبق تبعا
فبقي منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ارضا ظاهر وقوله وما كان مركبا فيه يعني مثل
الابواب والسرر المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت
ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشتري كالام وقوله
في الفصلين يريد به ما اذا كان في النخل ثمر وقت الشرى ثم جذه المشتري وما اذا لم يكن ثم جذه
ثم جا الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله في الكتاب
يعني مختصر القدوري والله اعلم

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد
الاجمال قال الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له
اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة
ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا يؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى
بيت الرحى والرابع الدار والحايط والبستان واصله ما احاط به والحسب بسكون السين وفتحها
في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن
طريق العلو فيه لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له
الجوار لا بسبب طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار
فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي فيها سوا وقال ابن ابي ليلى الشفعة حق شرعي فلا
يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل ولان الاستوا في السبب والحكمة
وهي دفع ضرر سو الجوار وذلك يقتضي الاستوا في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر
والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسو المجاورة قلنا
ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان
ماذونا او مكاتبا فان كان غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان
هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا
العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال واذا ملك العقار بعوض هو مال
قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها ان يملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط

الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال وقيمة في ذوات القيم على
ما مر في فصل ما يوجد به الشفعة واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم
الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب اخر ولهذا لا
يجب في الموهوب لانه لو اخذه معوضا كان سببا غير السبب الذي يملك به التملك وعلى
هذا لا شفعة في الدار يتزوج عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او يصالح بها من دم
عمد او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها من دم العمد او يعتق عليها عبدا
لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشيا للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما يملك به وكان تفريع
هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع الى اخره كافيا
ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الى اخره استظهارا
وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها
وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق
وان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا
وقوله اي قول الشافعي رحمه الله ياتي فيما اذا اجعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه
اي ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة فيها عنده الا فيه حيث لا يرى الشفعة
الجوار ولا فيما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحن نقول جواب عن جملة هذه الاعواض متقومة
وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا والاول ممنوع والثاني
مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم انما افردهما لان تقومهما
ابعد لما بينهما فصلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما يقوم مقام
غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية
لا بغيرهما من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق
اسقاط وازالة الذم ليس الا حق الاستيفا وليسا من جنس ما يتمول به ويدخر وقوله
وعلى هذا البيان ان العرض عند العقد وتعيينه سوا في كونهما مقابلا بالبضع بخلاف ما
اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض
بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشرا الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون
معلوما عندهما وبانه جهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما افضت
اليها ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار اي في شي منها وقالا
تجب في حصة الالف تقسم قيمة الدار على مهر المثل والالف درهم لانه مبادلة مالية
في حقه اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود
هو النكاح ولهذا ينعقد النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما لو
قال بعتك منك هذه الدار بالف على ان تزوجني نفسك وقوله ولان الشفعة دليل اخر
وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية واما ان يكون في المقصود فممنوع

ووجهه

ووجهه ان كونها مقصودة لا بد منه الا ترى ان المضارب اذا كان راس المال الفا
فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان
رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لراس المال وليس
في مقابلته راس مال فشفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في
حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجي فكذا في حصة الربح وهو البيع قال
او يصالح عنها بانكار عطف القدوري قوله او يصالح عليها بانكار على قوله او يعتق
عليها عبدا من الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح لما عليها كما وقع في النسخ
المختصر وكلامه فيه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس
حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان اخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا
تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض
فيها راسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض لانه اذا وهب دارا
لرجل على ان يهب له الاخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون
الموهوب ولا عوضه شايعا لانه هبة ابتدا وقد قررناه في كتاب الهبة لان الهبة بشرط
تبرع ابتدا ومعاوضة انتها بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا
تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض ان كان العوض دارا الا ان كل واحد منهما
هبة مطلقة عن العوض الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط
الخيار للبايع لانه يمنع زوال الملك عن البايع وبقا حق البايع يمنع الشفعة كما في البيع الفا سد
فلان يمنع بقا ملكه كان اولى وان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال
ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند
ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود
البيع لانه هو السبب قوله وان اشترى بشرط ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله
من قبل ويجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع
عن ملكه الى اخره قوله واذا اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب
البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين من البايع
والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقا ملكه في التي يشفع بها فان اخذها
بالشفعة كان نقضا للبيع لانه قرر ملكه واقدام البايع على تقرير ملكه في مدة الخيار نقض
للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى
يستحق زوائدها المنفصلة انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال ل
وهو ما ذكره الثلجي من اصل ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك البيع في مدة الخيار
والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله او صححناه في البيوع قال في النهاية

هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجعة بل فيه جواب الاشكال فهو قوله ومن اشترى
على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى اخر وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال
راجعة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا
الكتاب مجوزا ان يكون واضحة في كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل
خيار البائع لا لاجل خيار المشتري قوله واذا اخذ بها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط
الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما
ذكرناه في طرف البائع قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله ثم اذا حضر
شفيع الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان يأخذها
دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت
الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا اول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع دارا فاسدا
تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده
صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم
يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع
في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد
فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع
كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في
حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان فساد البيع انما يثبت
لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او الفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا
العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود
فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد فاما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله
بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح
اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان للمشتري ذلك صار
اخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالماذون
والمكاتب اذا بيعت دار بجنبها وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان
كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه
وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه ممنوع عن التصرف
بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبايعه حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا
لا نسلم ان له ذلك بل هو منهي وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه يحلل
المرأة على زوجها الاول ولو تقرر الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممتنع وفي شرع الشفعة في
البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس مضافا الى الشرع واريد ان قوله وحق
الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات الشفعة تقرير له كان كافيا وورود الخيار للمشتري

كان

60

كان يندفع بقوله لرفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد
لكنه اتى بالسؤال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور او على
من صار احق بالمبيع تصرفا والمشتري بالخيار ان لم يكن مالكا فهو احق بالتصرف والمشتري
شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند ابي حنيفة وبالبيع
من اخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع
بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو اي المشتري شفيعها لان الملك
له لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء
الفاسد لانا نقول المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء
فاسدا مع عدم الفساد في التي اخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة
ثم لا ينقل الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره
فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع
متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما تثبت به حق الشفعة وهو المشتراة شراء فاسدا
فان بقاء ذلك منع الشفعة عن اخذ المشتري بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك بمجرد تعلق
حق الغير وهو لا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب
الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسألة لم يكن
لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا
من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه شراء فاسدا ثم ان سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد
الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف
ما اذا اسلم بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط
وان استردها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت
شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما يستحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه
لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية لما بينا ان بقاء ملكه
في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال واذا اقتسم الشركاء العقار
فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة
فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
ولانها لو وجبت للمقاسم لكونه جارا لبعد الافراز وهو متعذر واذا اشترى دارا فسلم الشفيع
الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع
لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد بالقضاء بين
القبض وعدمه اما اذا كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا تمكن من الرد بغير رضا
صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني فهو مراد القدوري فيه الشفعة على ما ذكر في الكتاب
قال الشارحون قوله ومراده اي ومراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد

بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه ناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما واما رواية الكسر
فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا يرى الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ في الاصل واما رواية
الفتح فقد اسها الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا
خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فيما عنده لم يكن في
الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية
هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح
على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد
لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون غير ما وقع في الاولى ومثله ولا فائدة فيه فاما
اذا كانت عقارا او غيره كانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون
مفيدا والله اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

تاخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح و
يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة
اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون
علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين طلب
يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر
قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شي لا يبطل وبعضه قول المصنف
من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله
ههنا لاعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة لان الاعراض انما يتحقق حالة
الاختيار وهي عند القدرة فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك
طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على
ما اوضحه فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان
الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر
في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز
من الشرط يعني الشرط الملايم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول
الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر
فيه المال اولى والفاصل بين الملايم وغيره ان من كان غرضه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع
كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملايم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه فما لم يكن
فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملايم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط
وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط
فكيف يصح الاستدلال لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله

علي

على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين
احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني
ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة ولا الشفعة
لفقد الاعراض قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة ليس بحق
متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق
والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه
حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما تغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر
واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص
وبالصلح حصل له العصمة في ذمة فكان حقا متقررا واما في الشفعة فان المشتري يملك
الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق
لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف او قال
العنين لامراته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة زوجها وامراة العنين
ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه ما ملك لمنعها قبل اختيارها وبعده على وجه
واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اي في بطلان
الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من
رواية ابي حفص رحمه الله قيل وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح
الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمن رحمه الله لا تبطل الكفالة ولا يجب
المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا يسقط بالسكوت
وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد
العلم به وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمن في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا
تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة
يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرفت في موضعه اي في
المبسوط قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واشهد بالطلب
ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او
بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته الاخذ بها وان كان الثاني فلهم
ذلك وقال الشافعي رحمه الله الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل
الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته
كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي ثبت للوارث حادث بعد البيع
وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو زاله
باختياره بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط حتى ان الثابت للشفيع
حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق

وَلاثبع الدار فی دين المشتري وَوصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع
لان حق الشفيع مقدم علی حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من ثبت حقه
من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع
ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حيوته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لان نقضا
منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون ناخذا واذا
باع الشفيع ما يشفع به قبل القضا بها فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول
بطلب شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اي ولان زوال
السبب مبطل يزول به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشرا المشفوعة لان العلم بالمسقط
ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او ابرا عن الدين ولا يعلم ان له دينا عليه وطولب
بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استاجرها منه
فان علم بالشرا سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم
وانما يسقط بها لدلالتها على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم
الصريح والابرا ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان
لم يعلم واجيب بان بيعا ما يشفع به شرط الى وقت القضا بالشفعة وانتفا الشرط
مستلزم انتفا المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل
شفعته لان الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البايع اذا باع
وهو الشفيع فلا شفعة له ذكر الاصل وسوا من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع
او وصي له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة
له ومن اشتري كوكيل المشتري او اشتري له كالموكل بالشرا فله الشفعة لما ذكر في الكتاب
ان الاول تسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لان اخذه
بالشفعة كالشرا في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل بالرغبة عنها
ولذلك اي كوكيل البايع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البايع وهو الشفيع
فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري
الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته ولذا اذا
باع وشرط الخيار لغيره واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم
انها بيعت باقل منها او بحنطة او شعير قيمته الف او اكثر فتسليمه باطل
وهو على شفعته اما في الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر اقل من
ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كانه قال سلمتها ان كان الثمن الفا فاذا انه تسليم
مشروط بشرط فينتفي بانتفا شرطه وفيه نظر سياتي بخلاف ما اذا ظهر اكثر من الالف فان
مستكثر الالف اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه ربما سلم لتعذر
الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف قال في النهاية تفسيره بقوله قيمتها

الف

الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا
وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح
اذا ظهر اقل كان اولى وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف
ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير
فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمته اقل من ذلك لم يصح
التسليم وان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر رحمه الله
له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود
وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالاخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم
الشفعة ثم تبين انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضا بجوار شخص فلا يكون
رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار
ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان التسليم على التسليم
بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط
ولا يترك الابعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق
اسقاطه بالجايز من الشرط فبالفاسد اولى وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى عن
ابي يوسف رحمه الله على عكس هذا لانه قد تمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد يكون حاجته
الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع **فصل** لما كانت الشفعة تسقط
في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى
به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج
الى بيانه وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله
الا ان المشتري في الثاني شريك لانه حين اشتري الباقي كان شريكا بشرا الجزء
الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل
الخصومة لكونه في ملكه بعد مقدم على الجار وقوله فان اراد الحيلة هذه حيلة ترجع
الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه
اذا استحقت المشفوعة استثنا من قوله وهذه اخرى يعني انها حيلة عامة الا ان
فيها وهم وقوع الضرر على البايع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقي كل الثمن
على مشتري الثوب وهو بايع الدار فيتضرر به اي برجوع مشتري الدار عليه بكل
الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار وقوله والاوجه الى اخره تقريره اذا
اراد ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة
الاف وخمسماية ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفيع ان ياخذها
اخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري
بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه

دين فانه يبطل الصرف وقوله ولا تكره الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان
تكون للرفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا
اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه
بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه
عند محمد رحمهما الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القايل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاه
ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكاه
ذكر مسايل متفرقة في اخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد رحمه الله
في الجامع الصغير من مسايل الشفعة الاهذه والفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله
فيتضرر به اي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص فان
اخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر
الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زايدا قوله ولا فرق في هذا
اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشتريين بين ما اذا كان قبل قبض
المشتري الدار وبعده قوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري رحمه الله تعالى
روي عنهم ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما قبل القبض
لان التملك يقع على البايع فيتفرق عليه الصفقة وله ان ياخذ نصيب احدهم بعد
القبض لان التملك يقع على البايع فيتفرق وحينئذ يقع على المشتري وقد اخذ منه
جميع ملكه وقوله بمنزلة احد المشتريين يعني ان احد المشتريين اذا نقد ما عليه
من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يودي كلهم جميع ما عليهم من الثمن
لئلا يلزم تفريق اليد على البايع وقوله لان العبرة في هذا التفريق للصفقة لا للثمن
حتى لو تفرقت الصفقة من الابتدا فيما اذا كان المشتري واحدا والبايع اثنين
واشتري نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما
وان لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشتري كذلك واما
بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع ومن اشتري نصف دار غير
مقسومة فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس
له ان ينقض القسمة بان يقول للمشتري ادفع الي البايع حتى اخذ منه سوا كانت القسمة بحكم
او بغيره لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا تتم القبض في الهبة
بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار الي البايع وان كان له فيه نفع
بعود العهدة على البايع فلذلك لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد
الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي يبع نصيبه فان
للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجز بين المتعاقدين فلم يكن
القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع
ان

ان ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرف كالهبة واطلاق الجواب في الكتاب اي في
الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري يدل على ان الشفيع ياخذ
النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله والقاني
ظاهر قوله وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا ان الحمل والصغير في استحقاق
الشفعة كالكبير لاستوايهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا
في استيفا حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جد اب ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه
القاضي فان لم يكن احد هولاء فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هولاء الطلب مع
الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ رحمهم
الله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب
الوكاله لكن عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبه
قايم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف رحمه الله
فيه وفي غيره لكونه نايبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا
يصح منه التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي ان محمدا مع
ابي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف لمحمد وزفر رحمهما
الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وفي بعض النسخ كديته بالنون
والاول يناسب ما قرن به وهو قوله وقوده والثاني يناسب رواية
المبسوط لانه قال كالابرا عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له
ولانه شرع لدفع الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه في معنى التجارة لانه يملك العين فيملكانه توضيحه انه لو اخذها الولي
بالشفعة ثم باعها من بايعه جاز فكذلك اذا اسلمها اليه بل اولي لسلامته
عن توجه العهدة بخلاف البيع منه وصححه بقوله الا تري وهو واضح وقوله
ولانه دايرة ليل الجواب بنقض الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون
في تركه ليبقي الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض
فيكون اضرارا به وقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا
بيعت بمثل قيمتها والغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش
قيل جاز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه محض نظر او قيل
لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون
الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة لا يصح
التسليم منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما لم يريا تسليمهما اذا بيعت
بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولي وانما خص قول ابي حنيفة رحمه الله

بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة
في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي احسن
وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف بقوله ولا رواية عن ابي
يوسف لانه كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا سكت بمثل قيمتها

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من
نتائج النصيب الشايع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقا ملكه طلب القسمة
ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقا ما كان على ما كان اصل وهي
في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتدا وفي الشريعة جمع النصيب الشايع في مكان معين
وسببها طلب احد الشركا الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز
بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والعد في المعدودات وشرطها ان
لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحايط والحمام ونحوهما وهي مشروعة
في الاعيان المشتركة لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم والمواريث
وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سوا
كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه
له وبعضه لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت
القسمة مبادلة او افرازا والمعنى من الافراز هو ان نقيصه لعين حقه والافراز هو
الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ احدهما من نصيبه مثل
ما ترك عليه شريكه فاخذ مثل الحق بعينه بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ المثل
في القرض جعل كاخذ العين فجعل القرض كذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها
اظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
واقتسماه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر
ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما اخذ
كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بعينه فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولما
استشعر ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الابي على القسمة
في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد
الشركا لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري
فيه الجبر كما في قضا الدين فان المديون مجبر على القضا والديون تقضى بامثالها
فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان
يجوز فيما لا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته

فكان

فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاضرار على غيره وان كانت من اجناس
مختلفة كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الابي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت
في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي
في التجارة شرط بالنص قال ينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كلامه واضح الا انا
ننبه على قوله لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال
لا يميل باخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه وياخذ على ذلك من المتقاسمين
اجرا لكن الاولى ان لا ياخذ وهذا لان القسمة ليست قضا على الحقيقة حتى لا يفترض على
القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الابي على القسمة الا ان لها شبها بالقضا من
حيث انها تستفاد بولاية القضا فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست
قضا جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبهه القاضي يستحب ان لا ياخذه وقوله
عدلا مامونا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير
ظاهر الامانة قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا
بانفسهم باصطلاحهم فهو جايز لما ان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي
كما في ساير المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشترك يعني اذا استاجروا
الكيال لفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصبا وكذلك الوزان والحافر
وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت تحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة
ومد الاطناب والمشي على الحد ودلالته لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال
الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجر في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى
القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصبا ويزداد دقة بقلة الانصبا فلعل تمييز نصيب
صاحب القليل اعسر ويجوز ان يعسر على نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر
اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وان لم تكن للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا
وامرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصبا وهو العدل
لو اطلق ولا تفصيل يعني لو اطلق ابو حنيفة رضي الله عنه في الجواب وقال اجرة
الكيال بقدر عمله سوا كان الكيل للقسمة او لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت
لان عمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام
فانه قد يعكس كما تقدم وقوله ولا تفصيل تاكيد وبيان وقوله وعنه اي عن
ابي حنيفة ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال
واذا احضر الشركا عند القاضي اذا احضر الشركا عند القاضي وفي ايديهم مال
وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا
انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول

لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يقسمه باعترافهم وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث
قسمه بينهم على ما ذكرنا وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم
جميعا لهما ان الامتناع عن القسمه اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه
او لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار
امارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار
المشترى وطلب القسمه ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر هاهنا فلا يفيد
الا انه يذكر في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم
لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمه قضا
على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاه على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ
وصاياه فيها ويقضي ديونه منها وعن هذا قالوا اذا اوصى بجاريه لانسان
فولدت قبل القسمة ينفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه اوصى بهما بخلاف
ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل ان التركة مبقاه على ملك الميت
وكانت القسمة قضا على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثه او بينتهم واقرارهم
ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة قوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك
لان بعض الورثه ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والاخر مدعى عليه فان
قيل كل منهما معترف بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه اجاب بقوله ولا يمتنع
ذلك اي كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث
او الوصي المقر بالديون فانه انما يقضي عليهما بالبينة بديون الميت وان كانا مقرين
بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه
ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثه لا يظهر في
حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك
جميع الورثه ولا يثبت ذلك الا بالبينة قوله بخلاف المنقول جواب عن
قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان في القسمة نظر الى
احرز والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمه
جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفه رضي الله عنه
فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده وبخلاف حجة عن قولهما
والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روي عن ابي حنيفه في غير الاصول
ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشرا والميراث وجه الظاهر ما ذكره
في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمه
قضاء على الغير قوله وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه

ظاهر قال المصنف رحمه الله هذا يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة
رواية كتاب القسمه واعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم
حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم
يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون مشترا فيكون ملكا لهما
لان الاصل ان يكون ميراثا فيكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل
هذا قول ابي حنيفة خاصة وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينه
ففي هذا اولى وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك
لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير
محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك يفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة
فامتنع الجواز قوله وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثه
والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ونصب وكيلا
ليقبض نصيب الغايب قيل قوله في ايديهم ومعهم وارث وقع سهوا من
الناسخ والصحيح في ايديهما لانها لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغايب و
وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم
واجيب بانه اطلق الجمع واراد المثنى بطريقه قوله وارثان واقاما لكنه ملبس
وكذا لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا
للغايب والصبي بظهور نصيبهما اما في يد الغير فلا بد من اقامة البينة في هذه الصورة
يعني فيما اذا كان معهما صبي عند ابي حنيفة رضي الله عنه كما اذا كان معهما غايب
خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى
يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم
ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشرا
ذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله ونصيبه معه او رايت المورث صورته
اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون
الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البايع كالمورث قوله ولا
فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها يعني فيما اذا كان العقار
في يد الوارث الغايب او شيء منه قوله كما اطلق في الكتاب يعني به
قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة قوله هو الصحيح احترازا عما
ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغايب لم اقسمها
باقرار الحضور حتى يقوموا البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة
قضا على الغايب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وان
حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين

لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس بخصم
عن الميت وعن الغايب وان كان خصما عنهما فاين من يخاصم عن نفسه ليقيم
البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي ظاهر **فصل فيما يقسم
وفيما لا يقسم** لما تنوعت مسايل القسمة الي ما يقسم وما لا يقسم بينهما **قال** واذا
كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركا القسمة فاما ان
ينتفع كل بنصيبه او بعضهم او لا ينتفع منهم احد فان كان الاول قسم القاضي بطلب
احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه يريد
به قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركا
لان فيه معنى الافراز لتقاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضا الدين الماجره
وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم **و**ان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره
من الفرق في الكتاب **و**ذكر الجصاص على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل
القسمة ويابى صاحب الكثير ووجهه ظاهر **و**ذكر الحاكم في مختصره ان ايهما
طلب يقسم القاضي والوجه انه يدخل فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الجانبين
ودليل قول الجصاص دليل الجانب الاخر والاصح هو المذكور في الكتاب اي القدوري
وهو الاول لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيا وانما الملزم
طلبه الانصاف من القاضي وايصال الي منفعه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب
القليل **و**ان كان الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا يستضر كل منهما بالقسمة
وطلب احدهما القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعه
وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي
فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني
به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده يتحد
المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعه ولا يقسم الجنسين
بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة
وسبيلها التراضي دون جبر القاضي **و**قوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون
ظاهر **و**قوله ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشيا
قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثه في الشاة خاصة **و**نصيب الاخر في البعير
خاصه بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها **و**كذلك في البعير وغيره
والاواني المتخذه من اصل واحد كالاجانة **و**القمقم والطست المتخذة من صفر ملحقه
بمختلف الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا **و**كذلك الاثواب المتخذه من القطن او الكتان
اذا اختلفت بالصنعه كالقبا والجبة والقميص ويقسم الثياب الهرويه
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع

لانه

66

لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركا فان رضيا بذلك
قسم بينهما ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضه
وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة ان التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم
مع الاولين والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضه بخلاف
ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل
قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة وابى الاخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما
ثوبا والاخر ثوبين **و**كذا ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر
ثوبا وثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما
على ذلك الوجه لان قسمة البعض دون البعض وذلك جايز لانه تيسر عليه
التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركا
فكذلك في البعض وما هو معاوضة يحتاج الي التراضي **قال** ابو حنيفة رحمه الله
لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو
اما ان يكون مع الرقيق شي اخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان
كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر **و**اما عند ابي حنيفه
فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة
وقد يثبت الحكم لشي تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف
وان لم يكن فان كانوا ذكورا او اناثا لم يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا واناثا
لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال
صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل **و**الغنم **و**رقيق المغنم
ولابي حنيفة ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن
والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانه ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسيه
وغير ذلك فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه ساير المنافع فلم يكن ذلك
قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس
الا ترى ان الذكور والاناث من بني ادم جنسان **و**من ساير الحيوانات جنس واحد
بخلاف المغانم جواب عن قولهما ورقيق المغنم **و**ذلك لان حق الغانمين في
المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا
فان **قيل** لو تزوج او خالع على عبد صح فصار كساير الحيوانات فليكن في
القسمة كذلك **اجيب** بان القسمة يحتاج الي الافراز ولا يتحقق في القسمة
بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه **قوله** واما الجواهر الي اخره فواضح **قال**
ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحا والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند
انتفا الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس

وفي قسمة الحمام والبير والرحي ضرر لهما او لاحدهما فلا تقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من
قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك
وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في اول هذا الفصل بقوله وان كان
كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما قوله واذا كانت دور مشتركة ههنا
ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا تقسم
عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى
والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة
والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها
لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت
فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها
بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل في مكان
واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة
وبما في الفصول كلها نعم لان نظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك
وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله وان كانت دار وضيعة
او دار وحانوت الى اخره واضح الا انا نذكر انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة
لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهم الله وقوله ان اجارة
منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع
الدار صح وقوله او تبني حرمة الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة
المجانسة يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة
تحمل حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد
اصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يودي الى اعتبار شبهة
الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس
يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة
الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل
عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اما ان يكون في المسئلة روايتان
او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة
المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة
ووجه اخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث الذات والاجرة
القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فيمتنع الاجارة لشبهة
الربوا فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم
بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز اصل القسمة الذي

هو الموصوف قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي
يكتب على كاغد ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغد الى القاضي ليتولى الامضاء
بينهم بنفسه ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره
ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة اذ البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون عالما
بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب
نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان تفرغ السهام ويكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج
اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى اخره قال الامام حميد الدين صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدسها ولاخر ثلثها
ولاخر نصفها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب
اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء
الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان
يليانه قوله وقوله في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يأباها
لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال
وتعيين المطلقة ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله الى يومنا هذا من غير نكير
منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس
كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك
فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان زكريا عليه السلام
حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا
لقلوبهم قال ولا يدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار طلبوا قسمته وفي احد
الجانبين فضل فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم واخر لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة
وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة
لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته فقد لا يصل اليها وليس بين ما يصل الرجل اليه
في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان
ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم
وابو حنيفة الى ان الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في
نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة
كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد الى ان يرد على شريكه بمقابلة
البناء ما يساويه من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة
تتحقق في هذا القدر فلا يترك الاصل الا لها وهذه توافق رواية الاصل لانه قال فيه
يقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الاخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح
قوله فان قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب
الاخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه او لا فان امكن فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب

الاخر سواكان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر
باق لا سقي لكل واحد منهما تعلق بنصيب الاخر نص في الطريق والمسيل المعرم فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت
بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقا هذا التعلق بملك غيره
فلا يدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة او لا فان كان الثاني فسخت لانها مختلة
لما فيه من الضرر وبقا الاختلاط فيستانف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري
من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا ينفسد لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع
تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق
وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار
التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص
وتقرير هذا ان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل يدخل وان لم يذكرها بالنظر الى الافراز لا
تذكر وان ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين
بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل
الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركا في رفع الطريق بينهم عن
القسمة فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع نظر القاضي
في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة
لتحقق الافراز بالكلية دون ما اذا دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين
جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما ورا الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق
وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى
الى السما وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في
جعله اعرض من ذلك وفايدة قسمة ما ورا طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركا اذا اراد ان
يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهوا فيما زاد على طول الباب
مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك
لان قدر طوله مشترك بينهم فكان بانيا على الهوا المشترك وهو لا يجوز من غير رضا
الشركا وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة
من ذلك ولا يجعل مقداره ما يمر به ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه
يحتاج الى العجلة فيودي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقية كلامه واضحة قال
واذا كان سفل لا علو له صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لاخر وسفل
مشتركا بينهما وعلوه لاخر وبيت كامل مشتركا بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن
تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا لا يقال يقسم العلو مع
السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة واذا ظهر ذلك فاعلم ان علمانا
اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في

المذروع

المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت قيمتها سوا كان ذراع بذراع وان
كانت قيمة احدهما نصف قيمة الاخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له
العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف
الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف
ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل
السفل على العلو او العكس من ذلك او استوا بهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم
على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بنا على ما شاهده من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو
وابو يوسف بنا على ما شاهده من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى
ومحمد على ما شاهده من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال
بعضهم بل مبناه معنى فقهي وجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه
لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البنا والسكنى وفي العلو السكنى
لا غير اذ لا يمكنه البنا على علوه الا برضى صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ورأي ابي يوسف
ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل
ما لا يضر بالاخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وهو
لا ينفسخ الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون
وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من علو الكامل في مقابلة
مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل المكان في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد
فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل
لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة
وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة
وتفسير قول ابي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي
في يد صاحبي وشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قول الخصاف
فانه ذكر قول محمد كقولهما قوله لانه اي التمييز حصل منهما وهو عمل لازم فصل لان الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كان القاضي وابى بعض الشركا ان يأتي ذلك بعد خروج
بعض السهام والثاني واضح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرها والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما
ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وفسخت القسمة ان لم يكن
في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى احدهما الغلط
في القسمة وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفا لم يصدق على ذلك الا ببينة
لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها
فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركا لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا لرجا النكول

ثم حلف لا يسمل عليه ومن يكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب والتحالف لوجود التناقض في دعواه
قال المصنف يعني ان لا يقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي اقر بالاستيفا
والاستيفا عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله واليه اشار بمن بعد يريد به قوله
وان قال اصابني الى موضع كذا فلم تسلمه الي ولم اشهد على نفسي بالاستيفا وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف
في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى
ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا يقبل دعواه
وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو
منكر ولو اختلفا في التقويم ولا يخلو اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم تلتفت
الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضا القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة
بقضا القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد
وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول لقايل ان يقول لا يسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع
ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينتقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي
ولقايل ان يقول يسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشيا المتفاوتة يكون من حيث القيمة
فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان ياخذ
بالقول الاول وهو مختار المصنف وبعض المشايخ كانوا ياخذون بالقول الثاني قوله لو اقتسما دارا الوعين
مسئلة اول الباب لكن اعادة لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي
فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله ولذا اذا اختلفا في الحدود فصل صورته دار اقتسمها رجلان فاصاب احدهما
جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه واصاب الاخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما
ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده واقاما البينة يقضى لكل واحد بالحد الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله
لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح فصل لما فرغ من بيان الغلط بين
الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما ههنا ثلاثة اوجه استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما
جميعا واستحقاق بعض شايع في النصيبين واستحقاق بعض شايع في احد النصيبين ففي الاول لا تفسخ القسمة
بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند ابي حنيفة ولكن يخير ان شا رجع بحصة ذلك في نصيب
صاحبه وان شا رد ما بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف تفسخ ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمن ومع ابي حنيفة
على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من
المؤخر وقيمتهما سوا بان يكون قيمة الدار الفا ومايتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستماية درهم وقيمة ما بقي
مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شا نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شا رجع على صاحبه
بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثلثماية فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف
وهو الربع وقيمته مايه وخمسون باعتبار الجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعماية درهم وخمسون درهما والمجموع
تسعماية وهو ثلاثة ارباع الف ومايتين قال المصنف ذكر الاختلاف يعني القدوري في استحقاق بعض بعينه
وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما قال صاحب النهاية وصفه

الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا
من الجانبين فذكرها بلفظ الشايع غير مرة واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا
نظر لان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه
متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شايع في نصيب احدهما بعينه
وحينئذ يكون الاختلاف في الشايع لا في المعين لابي يوسف ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث
لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة
فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز
اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الاخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا
بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين ينتفي الافراز فيما وراه لكنه يتخير ان شا نقض القسمة من الاصل
لانه اما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا يبعد من استحقاق
جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الاخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه
في الابتدا بان كان لدار نصفان والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا
النصف لواحد منهم والنصف الاخر بين اثنين بالسوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين
على السوية ايضا فاقتسم الاثنان على ان ياخذ احدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز
ابتدا جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفا معنى الافراز بخلاف الشايع
في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلا ضرر
بالمستحق قوله وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس
قوله ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب
احدهما ثم استحق النصف الثاني رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق
كل المقدم رجع بنصف ما في يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض
في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند
ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان
القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقي بعد الاستحقاق قوله والمقبوض بالعقد
الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينتقض البيع لانه بنا على القسمة الفاسدة والبنا على الفاسد
فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في
معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة
لتعذر الوصول الى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه فصل
ولو وقعت القسمة. ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم
ولم يبرا الغرما ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة
المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم للوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط
بالتركة لتعلق حق الغرما بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالديون وراما قسم لانه لا حاجة

نقض القسمة في ايفا حقهم ولو ابراه الغرما بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي تبين
جوازها سوا كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى
له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث
والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال اخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى احد المتقاسمين
بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادفه
الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها
فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقايل ان يقول
ان لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض فليكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة
وذلك سعى في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا
يلزم ذلك فصل في المهاياة لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة
الاعراض وهي المهاياة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واخال ان الترجمة بالباب اولى
لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منهما للتهايات من كتاب القسمة
ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة
الظاهرة للمتهيئ للشي وقد تبدل الهمزة الفا وحقيقته ان كلا منهم يرضى بهيئة ويختارها او ان الشريك
الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقها هي عبارة عن قسمة
المنافع وهي جايز استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من
الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته للكنا تركنا
القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليها اذ
يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركا
وابى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة
لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايي جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد
الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما
لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فايدة في النقض ثم الاستيناف
ولو تهايا في دار واحدة على ان تسكن هذا طايفة وهذا طايفة وهذا علوها وهذا اسفلها
جاز لما ذكر في المتن والتهايي في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب ويسكن هذا في جانب
اخر في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما
في بيت واحد بعد ان كانت شايعة في البيتين ولذلك في حق الاخر ولهذا لا يشترط
فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت
قوله ولكل واحد ان يشتغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان
افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط

في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الايمة السرخسي رحمه الله وفيه نظر لانه لو كان مبادلة
كان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتدا كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايا ولم يشترطا
الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايا في عبد واحد على ان
يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد يكون في الزمان
وقد يكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولم يذكر انه هذا افراز او مبادلة لانه عطفه
على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا
يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه
المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من
وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة
بجنسها وانه يحرم ربوا النسا والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض
وربوا النسا ليس عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان
من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة
من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة
الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو
اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان طلب
احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في موخرها والاخر يطلب ان يسكن جميع الدار
شهرا وصاحبه شهرا اجبرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مزية فلا ترجيح
لاحدهما اذ التهايي في المكان اعدل لاستوايهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما
على الاخر وفي الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق
دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة قوله ولو تهايا
في العبدين واضح وقوله وقيل عند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يقسم اي قال بعض
المشايخ رحمهم الله وقوله وهكذا روى عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض
المشايخ وقوله والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي معنى قول ابي حنيفة
ان الدور لا يقسمها القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة في
الاصول وكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة
قلما تتفاوت توجيه لنفاذ قوله في الاصول بلا تاويل وقوله وكونها سابقهما واضح
وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايي في الاستغلال في دار واحدة
وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله فتفوت المعادلة لان
الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان
في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولو زادت الغلة في نوبة
احدهما يعني في الدار الواحد وقوله في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي حنيفة

في الكسابيات انه لا يجوز لان قيمة المنفعة تعتبر بقيمة العين وبي عنده لا يجوز للتفاوت
وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ناس في الحال الى اخره وقوله اعتبارا
بالتهايؤ في المنافع يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت
في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه
قد يكون في احد بهما كياسة وحذق وليا قة تحصل في الشهر الواحد من الغلة
ما لا تقدر عليه الاخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز وعورض بان معنى
الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل
اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن
رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة
قلما يتفاوت وقوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا
بالتهايؤ في المنافع وسات الطرق بما سنذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقسمان
ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل التهايؤ في المنافع بقوله من قبل لان
المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة وقلة
التفاوت جميعا الا ان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله لان الظاهر وجه اخر لابطال
القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في المركوب وهو قوله
اعتبارا بقسمة الاعيان الى اخره وقوله ولو كان نخل او شجر الى اخره واضح .٥.

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة
من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله
معناها لغة وشرعا فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف
فيها قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث
والربع لتعيين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماه كانت فاسدة بالاجماع وقالا
هي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر
او زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هنالك للعمل في تحصيلها يعني لانه
محل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو
العامل فلم تتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل
وما المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فانها
لا يصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولان
الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع سيبلغ قدرا عشرة
اقفزة او اقل منه او اكثر ومعدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة
النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان تقسم الامام ما يخرج من

الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل جاز لانه عليه الصلاة والسلام ملكه
غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد
المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهي اي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز
فلم يكن الحديث حجة لمجوزيها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه
ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب
حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله واذا فسدت عنده واضح قوله والخارج في الوجهين
يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه نماء ملكه
منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب
بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع
عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الامر وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر
من قبل صاحب الارض الى اخره وقوله الا ان الفتوى على قولهما واضح وقوله بيان المدة ان يبين
مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة
وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراطها
العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد على منافع الارض يعني اذا
كان البذر من قبل العامل او منافع العامل يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض
والمدة هي المعيار لها اي للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو اي المعقود عليه منافع
الارض ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض
ففي الاول العامل مستاجر للارض وفي الثاني رب الارض مستاجر للعامل فلا بد من بيان ذلك
بالاعلام وقوله فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا اشترط فيها ما يقطع الشركة في
الخارج صفي او جارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم وقوله وبيان جنس البذر
وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج
من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل
كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الراي الى المزارع او لم
يفوض بعد ان نص على المزارعة فانه مفوض اليه قال وهي عندهما
على اربعة اوجه فان المزارعة باربعة اشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة
ثم اما ان يكون الجميع لاحدهما او لا لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم
يكن من احد الجانبين شيء لم يتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون بينهما
بالتنصيف او باثبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصرات
يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر وهو الوجه الاول في الكتاب
وان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني ايضا
على وجهين احدهما ان يكون الارض لواحد والباقي لاخر وهو الوجه الثاني والاخر ان

يكون العمل لاحدهما والباقي للآخر وهو الوجه الثالث وهو جائز الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في
الكتاب وسائر ما ذكر من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه جائز ايضا
واعلم ان مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما
هو على منفعة الارض او منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استئجار ببعض الخارج
والقياس يقتضي ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد
النص فيهما دون البذر والبقر اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط
البذر على المزارع وحينئذ كان مستاجرا للارض ببعض الخارج واما في العامل ففعل رسول الله مع اهل
خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الارض فكان حينئذ مستاجرا للعامل بذلك
فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على اصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل
استئجار الارض او العامل ببعض الخارج وكان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه
هو استئجار الارض او العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور الفساد فهو من قبيل استئجار
الآخرين وكان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط في معرفة
التجانس ما فهم من كلامه هو ان ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها
فهو جنس آخر واذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور اما الوجه الاول
فهو مما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس
والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني
والثالث بما فيه استئجار الارض او العامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان
غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاثر ورد والاصل يجوز ان يستتبع
الآخر والفرع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض
استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر فكان استئجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه ولذا في الجانب
الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل
ان يقول استئجار الارض او العامل منصوص عليه دون الآخرين فكان ارجح ويلزم الجواز ويمكن
ان يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل
به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل وانما
ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب الى القول
بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكرهما
المصنف رحمه الله وجه ذلك ويرد عليه اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر
ويستوجب عليه اجر مثل ارضه واجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين
الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيئا لان عمل العامل حاصل في
الفاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك
اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر فـ

محمد

محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب
الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر
فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على احدهم مقصودا به وفيها الخارج لصاحب
البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه
لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر
مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل قال ولا تصح المزارعة
الا على مدة معلومة يعني المزارعة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان
شروطها الثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الى آخره والاصل في هذا
ان كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه
يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى
فسدت قوله وصار كما اذا اشترطا رفع الخارج والارض خراجية والخارج خراج
وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفيزا نا معلومة واما اذا كان خراج
مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا كالثلث او الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا
الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل
ما يجمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون
النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف
عندهم ان الحب والتبن يكونان بينهما نصفين ويحكم العرف عند الاشتباه واجب
قوله والتبع يقوم بشرط الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا
لان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة وكان
معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله لانه حكم العقد يعني لو انهما سكتا عن
ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه كان تصريحا
بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء
واما اذا اشترطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس
حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه
ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على
الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت
الارض شيئا او لم تخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد
اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شيء
للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت
المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجر اجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر

مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استاجر رجلا بعينه فعمل الاجير وهلكت
العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر
مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر هنا هلك بعد التسليم لان المزارع
قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا
هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء اخر فكذا هاهنا وان كانت فاسدة
فلا فرق بين ان يخرج الارض وان لا يخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة
والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء
ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض
فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه
بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف. وقد مرت في الاجارات
قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب
الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسألة ما اذا استاجر حمارا ليحمل
طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت
الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في
الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم
يصح الحط فمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ اجر المثل
بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر
هنا وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ الى ان قال وقد مرت في الاجارات وذلك
يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك
واجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل
خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب
الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد
تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من
الخارج او لا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة
كان على العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة بجواز ايراد
عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فينعقد المزارعة عليه فاسدة اوجب اجر المثل
وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل بعض اصحابنا لقول محمد في الاصل لصاحب
الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به ان يجب اجر مثل
الارض مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد عليه صحيحا
ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قوله واذا

استحق رب الارض الى اخره واوضح خلافا انه يحتاج الى الفارق من حيث يمكن في منفعة الارض
فاوجب التصدق بالفضل ومن حيث يمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام المصنف اشارة
الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض بقوتها فهو يحتاج اليهما على ما جرت
به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فاورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء
البذر وفتح الجداول ليس بذلك النماء لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت
البذر في ارض وامطر السماء وكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يوجب وجوب ذلك قال
واذا عقدت المزارعة في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما او غير وهو لازم في حال
دون حال اما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر
واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب
البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال
فصار كمن استاجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفا
بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من
جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين
الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد
كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان ما له به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد
والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى
فيلزمه استرضاء العامل لانه غره في الاستعمال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة
قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو
بقي العقد صارت المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوا رث
وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع
غير متعد فلو لم يبق العقد واستقر الارض الى ورثتها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز
الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المصنف بقوله فلو كان دفعها ثلث سنين الى اخره واعلم
انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه
ولم يفصل بين ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان
فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على
دخوله في اطلاق اول المسألة ولو مات رب الارض قبل المزارعة بعد ما كرب العامل الارض
وحفر الانهار انفسخت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما
عمل لما سنذكر بعيد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي اثقله
لحق صاحب الارض احوجه الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت والتشبيه بالاجارة
يشير الى انه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء والرضا لانها
في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى

ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشي لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما يتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شي وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستاجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فبقي عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستاجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شي ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير ان كان اضرارا بالغرما لكن التاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزا الظلم ولم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قايم لان البذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل البذر وقال بعضهم ليس له ذلك لان البذر استنما وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للزارع في الارض عين قايم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية قال واذا انقضت مدة المزارعة اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بقي الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضا المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مونة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله لان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضا المدة تضرر وان تركناه بلا اجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر

تعديلا

تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وهذا منه ايضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره لا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لانه يمكنه من الاستيذان من القاضي بمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك مكن منه وخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واندفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض يتعيب في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل يرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقا العقد بعد وجود الموقت الى اخره وقوله والمال على الحصارات المثلث يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقا العقد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الى اخره قال ولذا اجرة الحصاد والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضا مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان يتوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضا المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه ومنه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والغا من ما هو من اعمالها وعني ان كل ما هو من تربية وتنمية وتزييد في الخارج فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا اشترطت فيها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف انها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الايمة هذا هو الاصح في ديارنا والمصنف جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما وهما ليسا من اعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة والمعاملة قياس هذا اي

صل

المساقاة ايضا على هذا الوجه وقوله لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما
كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا
في درهم شائع لم يشركا في القفيز

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث
في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان الاعتراض موجه حين صوب ايراد المزارعة
قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني
كثرة تفريع مسايل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل
المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم
باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني
شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي حنيفة كالمزارعة وبه
اخذ زفر وجائزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي رحمه الله
المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكرم في ارض
بيضا لسقي بما النخيل فامر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب
وهو واضح والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع
البلدان الحاقها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله واذا ادرك البسر في اصول
الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم
عليها حتى يخرج بزرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البزر مما يرغب فيه
وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان البزر له وقت معلوم عند المزارعين
فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبزر يحصل بعمل العامل واشتراط المناصفة
فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ حد الاثمار
ظاهر وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها معناه حتى
يذهب اصولها وينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها
فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كان فهي جائزة كما لو اطلق
في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان
اخلالا مخلا وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل
والرطبة اذا اشترط القيام عليها حتى يذهب اصولها لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم
وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت المسمى باول المدة قال ويجوز المساقاة في
النخيل والشجر هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه وخصص الشافعي
جوازها بما ورد فيه الاثر حديث خيبر وكان في النخيل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خيبر خصها لان اهلها يعملون
في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على

اصله

75

ولا يكون ضمانا ... للامر
على ... ما ... الاوقاف
والا ... الا ... اجزاء ...

اصله فان بابه عنده اوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة ولا يشترط قيام الدليل على ان
هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله
لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله
واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الى اخر والحاصل
ان المساقاة لم تشتمل على ضرر وكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان
صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بالقاء بذره في الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم
عذر صاحب الكرم لخوف دين فادح لا يمكنه الا بقضاء الا ببيع الكرم وعذر العامل
المرض وقوله ولم يرد به الشرع لانها جوزت بالامر فيما يكون اجر العامل بعض
الخارج وقوله واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج يسير فللعامل ان
يقوم عليه جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر واما في القياس فقد
انفسخت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين
ان شرطا انصافا لان صاحب الارض استاجر العامل ببعض الخارج والاجارة
تنقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة وقوله
وهذه خلافة في حق مالي جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار
لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله والخارج بسر اخضر
فهذا والاول يعني صورة الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير
اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره والى ضرر الاجر من الخيارات الثلاث بخلاف
المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذلك
العمل كله على العامل ههنا لما ذكر في الكتاب وهو واضح قال وتفسخ بالاعذار
لما بينا في الاجارات المساقاة تفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله
ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل
القبض الى اخره وقد بينا وجوه العذر فيها اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله
فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على
ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك
وفي الاخرى عذر وتاويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا
دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون
ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة
يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة
فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس
قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج
من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض

فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل
المشروط تسليم الشجر بقوله على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين
فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان
متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لانه يتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه
وفي تخريجها طريق اخر ذكره المصنف في كفاية المنتهى وهو شراء رب الارض نصف
الغراس من العامل بنصف ارضه او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف
الخارج فكان يعدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة
عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان فقال المصنف وهذا يعني المذكور في
الهداية اصحهما لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون
نصف المصبوغ للصباغ في ان الغارس له جعل الارض بها بستانا كما ان الصبغ للثوب
فاذا فسدت الاجارة بقيت الاله متصلة بملك صاحب الارض وهو متقومة
فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله

كتاب ~~الاضحية~~ والذبايح

المناسبة بين المزارعة
والذبايح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المال كان الزراعة انما تكون باتلاف الحب
في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذباح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال
للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن
الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل
ذبايح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد
بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب
بانه يجوز ان يكون ياكل ذبايح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان
المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه
نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا
الى منفعة كالحجامة للاطفال وبذا وهم بايلامه الم لهم والذكاة الذبح واصل تركيب
الذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام
اشتعالها ومعنى قوله الذكاة شرط حل الذبيحة الذبح شرط اكل ما يؤكل لحمه من الحيوان
لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الى اخره استثنى من
الحرمة المذكى فيكون حلالا والمترتب على المستثنى معلول الصفة المستثنى منها لكن لما كان
الحل بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة
ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد
منها لتمييز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما

ثبت

ثبت بالذبح الحل في الماكول ثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبي عن الطهارة ومنها
قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعني انها اذا ايبست من رطوبة النجاسة
طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب وهي يعني الذكاة اختيارية كالجرح
فيما بين اللبة وهي الصدر واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن قوله
والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد
فيه وقد وجدت امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون
الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة
التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى
وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال وذبيحة
المسلم والكتابي حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا
واما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله تعالى
وقوله لما تلونا اشارة الى قوله الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم
عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس
طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل
الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر لان التخصيص
باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل
لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة يعني يقدر على الذبح ويضبط
اي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا قال في
النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا معنى قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف
والمجبوب سواء لما ذكرنا قيل اراد به الايتين المذكورتين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا
وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى ان يجعل
اشارة الى الاية والى قوله ولانه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله
ذلك مثل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته
لا تجوز وقوله والاطلاق الكتابي ينتظم كذا ظاهر وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر
لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب بانه شرط في معنى
العلة وقوله ولا تؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه
يريد به مرادا بان اهل الكتاب اما اذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته قال وان ترك الذابح التسمية
ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا بان اضطرارا عامدا او ناسيا قال الشافعي
رحمه الله يسمول الحوار ومالك رحمه الله فمقول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا

فالذبيحة ميتة ولا تؤكل وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي رحمه الله بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة اقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تقتضي التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان مفقودة فيما اذا كان على الناسي فيه مذكر كالاكل في الصلوة والجماع في الاحرام وههنا ان لم يكن فيه ما يوجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس فيه مذكر بموجوده ولمانع ان يمنع بطلان التالي ايضا على مذهب مالك وعن التنزل بما ذكر في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له واما ما شنع به المصنف بكون ما ذهب اليه الشافعي مخالفا للاجماع فواضح واستدل لمالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تاكيده بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو اقرب لا محالة من مذهب الشافعي لانه مذهب ابن عمر والجواب انه غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لحرجت الحاجة وظهر الانعقاد وارتفع الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على يدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب ولا تاكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان كانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الاية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجماع وهو ما بيناه نريد به ما ذكر في النسخ بقوله لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الى اخره والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى

الله عليه وسلم حين ساله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا اخر قال لا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الالة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعا وهي واضحة قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره المسائل المذكورة ظاهرة وقوله محمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو قال غير مكسور لا تحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لم يحل لانه يصير داخلا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد انه لا يرى الخطا في النحو معتبرا في باب الصلوة ونحوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه واخره لا باس به ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير ان المامور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وبعض الالفاظ لا يكون تكبيرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين والفرق لابي حنيفة بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المامور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذبح والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما دل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكوة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر الامام الرستغفني في حل ما تحت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط ايضا شاهدة له ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل ولذلك في فتاوى اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة قال والعروق التي تقطع في الذكوة العروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم

والمري وذهب مالك الى اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع
الحلقوم والمري واحد الودجين رجع اليه بعد ما كان قوله كقول ابي حنيفة كما يذكره وذكر
القدوري انه قال محمد ايضا وقال المصنف المشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول
ابي يوسف وحده وذكر عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة واما ابو
حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث ايها كانت وهي بلا مراوجه وان قطع الجميع فهو اولى وهو
وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم افري الاوداج بما شئت والفري
القطع للاصلاح والافرا القطع للافساد فيكون كسر الهمزة انسب ولهذا قال بعد هذا
لورود الامر بفريه احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثم الا الودجان فدل على ان
المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لان الحيوان لا يعيش
بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم
والمري اصلا واما المعنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه
واحتج مالك بظاهره لا لة اللفظ وبما تقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلاثة فيتناول
المري والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضا
وجوابه سيجي واحتج ابو يوسف بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما
مناب الاخر اذ كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المري فان المري مجرى العلف والما
والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب
وجوابه سيجي واحتج محمد بان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه
والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو اقرب كما ترى واحتج ابو حنيفة
بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود
يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع
مجرى النفس والطعام ويحصل بهذا جواب ابي يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين
ويكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب جواب مالك لان قال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام
وليس ثم معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله لا تحل لك النسا لان ما تحته ليس افراد كل
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر
باق فيل يعني اكثر المرخص فيه وهو الثلثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا
فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان النصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيا وربما
لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن
الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائز مكروه واكل المذبوح بها لا باس به وقال
الشافعي رحمه الله هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر وافري الاوداج ما خلا
الظفر والسن فانهما مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله اكله فيتناول
الحرمة المنزوع والقايم ولان الذكوة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع فلا

يكون

يكون ذكوة كغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت ويروى افري
الاوداج بما شئت فانه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام فانها مدى الحبشة فانهم لا يقلمون
الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول
على غير المنزوع وقوله ولانه اله جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم
ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه اي كل واحد منهما اله
جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين
الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمرو
الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة
وقوله صلى الله عليه وسلم لقد اردت ان تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا
المقصود بالذبح ان التحديد لذبحه وليس له ذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوا
ساقط لان التوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة
الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسره
المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو
وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن
الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق هي شرايين واوردة وما ثم شي يسمى
بالخيط اصلا ثم ذكر المصنف الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه
زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة قال وما استانس من الصيد فذكاته الذبح
الاضطراري بدل عن الاختياري فلا يصار الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا
مخرج ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكوة الاضطرار
انما يصار اليه عند العجز وقال مالك لا يحل الا كل بذكوة الاضطرار في الوجهين
يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له وقلنا لا نسلم الندرة
ولين كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق قوله في الكتاب يريد القدوري
وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب
في الابل الاول وفي غيرها الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله
لمعنى في غيره اي في غير الذبح وهو ترك السنة وقوله اشعر معناه نبت شعره
مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذي استدلا به لانه لا
يصح الاستدلال لانه روي ذكوة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال
انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول عرف
ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكوة الجنين كما في قوله
والعينان عيناها وجيدك جيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق فصل
ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لان المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشي تقدم

عليه في الذكر وكلامه واضح واما ذكر اوصاف السبع لسبي على ذلك قوله كيلا يعدي
وسي من هذه الاوصاف الذ[illegible] البهم والفرق بين الاحطاب والانهاب ان الاخطا
من فعل الطيور والانهاب من سباع البهايم قال في المبسوط فالمراد بذي المخلب
ما يخطف بمخلبه من الهوا كالبازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينهب بنابه من
الارض كالاسد والذيب قوله [illegible] ومرفيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يقاتلان
بهما فلا يوكل لحمها كالذيب ويكون [illegible] حجة على الشافعي في اباحتها فان قيل يعارضه
حديث جابر انه سيل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايوكل لحمه فقال
نعم فقيل اسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة
اجيب بان حديثنا مشهور لانه [illegible] حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في
الابتدا ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وابن عرس دويبة والرخم
جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار
الطيور وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط
الحب لا ياكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا ياكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف
الابقع الذي ياكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط ياكل الحب مرة والجيف مرة ولم يذكره
في الكتاب وهو مكروه عند ابي حنيفة مكروه عند ابي يوسف قوله ولا باس بغراب الزرع
وهو غراب الغيط لا يوكل واصل ذلك [illegible] ما ياكل الجيف فلحمه نبت من الحرام
فيكون خبيثا عادة وما ياكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما يخلط كالدجاج والعقعق
فلا باس باكله عند ابي حنيفة وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل الدجاجة
وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني
انه ذو ناب وقوله وهي حجة على الشافعي يعني نهي النبي عليه السلام وانه لما ثبت
الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل عن الضب
فقال لم يكن من طعام قومي فاجدني اعافه فلا احله ولا احرمه وحديث ابن عباس
قال اكل الضب على مايدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاهلين ابو بكر اجيب
بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على المبيح ما اول بما قبل التحريم
ولا يوكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل
ذلك عن مالك تشبثا بما روي عن عايشة انها سيلت عن ذلك فتلت قوله تعالى
قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وبحديث غالب بن الحر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدلا لا بحل
اكل الوحشي وهو ضعيف اما الاية فلجواز ان يكون نزل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك
حرمة الاشيا المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه ماول باكل ثمنها
واما الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي

عن

79

عن لحوم الحمر الاهلية قايم فبطل القياس قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة
كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكم لا يترك الا لبيان اعلى النعم بادنا ها
بانه ترك ذلك الحمل عليه فينبغي ان يحل الحمل عليه وليس بشي فان الكلام في ان ترك
اعلا النعم والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك قوله
والاول يعني كون الكراهة للتحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف سال ابا حنيفة
اذا قلت في شي اكرهه فما رايك فيه قال التحريم ومنشا خلاف المشايخ في قول
ابي حنيفة على خلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلما في لحم
الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه
وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف قوله ولا يوكل من حيوان الما الا السمك
واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشي فوق الما يطفو اذا علا والمراد من السمك
الطافي هو الذي يموت في الما حتف انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من
السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام احلت
لنا ميتتان ودمان الى اخره وقوله ويتفرع عليه فروع كثيرة تتناهي في كفاية
المنتهى منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة [illegible] فانها توكل لان ضيق المكان سبب
لموتها ولذلك ان قتلها طير الما وغيره [illegible] ان ماتت في حب ما لان ضيق المكان
سبب لموتها ولذلك ان جمعها في حظيرة [illegible] لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذ
بغير صيد فيتنها لذلك وان كانت لا توخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر
لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيا
القاه في الما لتاكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو في معنى ما انحسر عنه
الما وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الما فكل وقوله وفي الموت بالحر والبرد
روايتان احديهما انها توكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو القاه الما على اليبس
والاخرى انها لا توكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليسا من اسباب
الموت في الغالب واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام
انه على قول ابي حنيفة لا يحل وعلى قول محمد يحل كتاب الاضحية
اورد الاضحية عقيب الذبايح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية
في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو واليا
وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو يا وادغمت الياء في اليا وكسرت الحا لسلامة
اليا وتجمع على اضاحي بتشديد اليا قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بضم
الهمزة وكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعه
اضحى كارطاة وارطى وقال الفرا الاضحى يذكر ويونث وفي الشريعة عبارة عن ذبح
حيوان مخصوص في وقت مخصوص قربة وهو يوم الاضحى وشرايطها ستذكر في اثنايه

صح

الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الا
في الاضافة الشي الى الشي ان يكون سببا وكذا اذا الازمه فيتكرر بتكرره كما عرف في الاصول
ثم ان الاضحيه تتكرر بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه فقال يوم الاضحى
فكان كقولهم يوم الجمعه ويوم العيد ولا نزاع في سببيه ذلك ومما يدل على سببيه الوقت
امتناع التقديم كامتناع تقديم الصلاة عليها لا بالمال لو كان الوقت سببا لوجب على
الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والعرض عدمه وهي واجبه بالقدرة
الممكنه بدليل ان الموسر اذا اشترى شاه للاضحيه في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت
ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحيه
فلو كانت القدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث
تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع افه لا بالمال ادنى ما يتمكن به
المومن اقامتها يملك قيمه ما يصلح للاضحيه ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها
بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنه كما في صدقه
الفطر وهذا لانها وظيفه ماليه نظرا الى شرطها وهو الحريه فيشترط فيها الغنى
كما في صدقه الفطر لا بالمال لو كان لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب
الماليه قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان
اعني التمليك والاتلاف باراقه الدم وان لم يتصدق فحصل الاخير واما حكمها
فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في
العقبى قال الاضحيه واجبه وكلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه
صنفه ابو يوسف وقيد بقوله في الوظايف الماليه احترازا عن البدنيه كالصلاة
والصوم فانهما يختلفان فيها لان المسافر يلحقه المشقه في ادائها والعتيره ذبيحه
كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهليه والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ
قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله
عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي اجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او
الترك اصلا فان ترك السنه اصلا حرام وقد يجب المقاتله به لان فيه ترك الاداء ولا
مقاتله في غير الحرام وقوله لان الاضافه للاختصاص والوجوب ظاهر وقوله
وهو اي الاختصاص بالوجود لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن
الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان
يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض
بان السنه ايضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون
على ترك السنه واجيب بان الوجوب يفضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله
غير ان الاداء اختص باسباب اي بشرائط تشق على المسافر استحضارها وهي تحصل

الشاه

80

الشاه والاستعمال بذبحها في وقت معين وقد يعرض له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقه
والسفر موثر في التخفيف الا يرى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء وقوله والمراد
بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان
معنى قوله عليه السلام من اراد من قصد التضحيه التي هي واجبه كقول من يقول من اراد
الصلوة فليتوضا وقوله والعتيره جواب عما يستشهد وا بها وقوله على ما قيل يشير الى
ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح انها عبارة تع
عما اذا ولدت الناقه او الشاه وذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخه بالاضحيه وعو رض
بقوله عليه السلام كتب علي الاضحيه ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنه
ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنه والسنتين مخافه ان يراها الناس
واجبه واجيب عن الاول بان المكتوبه الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبه
وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنه
ابيكم اي طريقته فالسنه هي الطريقه المسلوكه في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان
في حالة الاعسار مخافه ان يراها الناس واجبه على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب
بالحريه بيان للشروط المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء
يختص باسباب تشق على المسافر استحضارها وقوله لما روينا اشارة الى قوله من وجد
سعه ولم يضح الحديث وقوله ويسبق مقدارها اي مقدار الوقت وقوله لا يجب عن ولده
يعني سواء كان كبيرا او صغيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الروايه وعليه الفتوى
وروى الحسن عن ابي حنيفه انها تجب عليه وقوله والاصح ان يضحي من ماله اي من مال
الصغير وياكل اي الصغير من الاضحيه التي هي من ماله ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه
كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام هكذا روى ابن سماعه عن محمد
وقال لا يذبح في جلد الاضحيه من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له الا ان يطعم
او ياكل قال ويذبح عن كل واحد منهم شاه كلامه واضح قوله وكذا اذا كان نصيب
احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا مات وترك امراه وابنا وبقرة فضحيا بها يوم
العيد لم يجز لان نصيب المراه اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا
وقوله يجوز في الاصح احترازا عن قول بعض المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما
ثلثه اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحيه واذا لم يجز البعض لم يجز
الباقي ووجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وقوله
الا اذا كان معه شي من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع
ومع الاخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله اعتبارا بالسبع لان في
القسمه معنى التمليك فلم يجز مجازفه عند وجود القدر والجنس وقوله وقد امكن يعني دفع
الحرج لان بالشرا للتضحيه لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحيه ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن

به باس وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربه فيمنع عن بيعها الى اخره قوله وما روينا
حجة على مالك والشافعي اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة
المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله ولو ضحى بعد ما صلى
اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانه ويستخلف من يصلي بالضعفه في الجامع
هكذا فعله علي حين قدم الكوفه وقوله اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجوز قياسا لان
اعتبار اهل الجبانه يمنع الجواز واعتبار حال اهل المسجد يجوز وفي العبادات يوخذ بالاحتياط
ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله وقيل هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا
والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانه واهل الجبانه هم الاصل وقد صلوا
فيجوز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلاثه ايام كلامه واضح قوله ويجوز الذبح
في لياليها اي في ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا يدخل الليلة
الاولى وهي الليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابع من يوم النحر لان وقت
الاضحيه يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر
ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البته لوقوعها
قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي تبع
الايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر
افضل من التصدق بثمن الاضحيه اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر
الرواية او سنه في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك
في افضليه الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين
التقرب باراقه الدم والتصدق والاراقه قربه تفوت بفوات هذه الايام ولا
شك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير ويشبهه بالصلوة
والطواف ظاهر فان الطواف في حق الافاقي لفواته افضل من صلوة التطوع التي
لا تفوت بخلاف المكي فان الصلوة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر
ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سوا كان
الموجب فقيرا او غنيا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحيه تصدق
بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى
او لم يشتر لانها واجبه على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشرا بنية الاضحيه
عندنا فاذا فات وقت التقرب بالاراقه والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمه
اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فديه والجمع
بينهما من حيث ان قضا ما وجب عليه في الاداء من جنس خلاف
جنس الاداء قال ولا يضحى بالعميا والعورا هذا بيان ما لا يجوز التضحيه به والاصل
فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قل ما يخلو عن يسير العيب

واليسير ما لا اثر في لحمها وللعور اثر في ذلك لانه لا يستوفي بعين واحدة من العلف ما يكفيه
المشي برجلها بالعينين وقلة العلف تؤثر الهزال والحديث المذكور دل على ذلك والعرجا البين
عرجها هي التي لا يمكنها المشي برجلها العرجا وانما المشي بثلث قوايم حتى لو كانت تضع الرابعة على
الارض وتستعين بها جاز والعجفا التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي اي مخ من شدة العجف
وبقيه كلامه واضح وقيل معناه قولي قريب من قولك اي قولي الاول وهو ان الاكثر من
الثلث مانع لا ما دونه اقرب الى قولك الذي هو ان الاكثر من النصف اذا انتفى اجزاه
بالنسبه الى قول من يقول ان الربع والثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف
ومحمد روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكساف العضو في اول الكتاب وقوله
لان القرن لا يتعلق به مقصود الا ترى ان الصحيحه ما لا قرن لها ولا قرن له والكبش
الاملح ما فيه ملحه وهي بياض يشوبه شعرات سود والموجو نوع من الخصا وهو ان يرض
العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعيب يعني هذه الشاة المشتراه للاضحيه
وقوله كما في نصاب الزكوة فانه اذا نقص بعدما وجبت الزكوة فيه فيسقط بقدره
ولا يضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما
جميعا المال لا الذمه فاذا هلك المال يسقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الوا
جب على الغني بالشرع لا بالشرا وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير تجزيه لان الوجوب
عليه بالشرا وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام ان
المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبه بالشرا بنية الاضحيه باتفاق الروايات
وان كان معسرا ففي ظاهر روايه اصحابنا يجب وروى الزعفراني عن اصحابنا انها
لا تجب وهو روايه النوادر وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص واراد العام
فانه اذا اصابها عيب مانع عن الانكسار والاضطراب حالة الاضطجاع للذبح
كان الحكم كذلك وانما قيد بالاحرار الاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان
تادي الواجب بالتضحيه لا بالاضطجاع وهي معيبه عندها فصار كما لو كانت كذلك
قبله وقوله لانه حصل بمقدمات الذبح دليل محمد ودليل ابي يوسف ان العور لما
انقطع خروج الفعل الذي تعيب به من ان يكون سببا من اسباب الذبح الذي وجد بعد
العور فصار بمنزلة ما حصل بفعل اخر قال والتضحيه من الابل والبقر كلامه
واضح وقيد بقوله في مذهب الفقها لان عند اهل اللغه الجذع من الشاة ما تمت
له سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعيه لان جزءها ولهذا يتبعها
في الرق والحريه وهذا لان المنفصل من النخل هو الما وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل
من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبرناها قوله لكن من شرطه ان يكون قصد الكل
القربه لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان النص ورد في الاضحيه
ثلث حوزيم مع اختلاف جهات القرب كالاضحيه والقران والمتعة قلنا

اعتمد على ذلك ذكره ولم يجز عندنا خلافا لهما لكنا نقول اذا كانت الجهات قربة اتحد معناها
من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضهم غير قربة فانه ليس في معناها واذا
بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بيناه انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي
القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة وقع نفلا ولهما فصار الكل كذلك ولهم
بعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير اللحم مع انه القربة
اذا لم يصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال قال
ويأكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان تكون منذورة او لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكر في
الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها ولا ان يطعم الاغنيا لان سبيلها التصدق
وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله
عليه السلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي
يتعرض للسوال ولا يسال وقوله كالخل بالخا المعجمة والمهملة والابازير التوابل وجمع ابزار بالفتح
وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس له في اللحم الا الاكل والطعام فلو باع شيا ينتفع به بعينه
لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشي ينتفع به بعينه جاز
روي ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت
الى بدله لان بملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله
لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد معاوضة قوله من ذبحها كلد تمام الحديث اما انها
... ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال ابو سعيد الخدري هذا لال محمد خاصة
ام لال محمد والمسلمين عامة فقال عليه السلام لال محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله
حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا ويمكن ان يبدل
بها غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي وقوله
فصار كما لو باع الاضحية يعني لو باع الاضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من
الاولى تصدق بالفضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله وقوله
ومن اتلف لحم اضحيته غيره يتصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد
منهما متلفا لحم اضحية من اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل
واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه بملكها سابق الغصب يعني فكانت التضحية
واردة على ملكه وهذا يكفي للتضحية لا يقال الافساد يظهر في العام والتضحية بالاراقة قد
فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المهلك لانها ليست صفة
للشاة ليصح ان يقال يظهر الافساد فيها او لا يظهر فان الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند
الى وقت الغصب فيكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسايل كل واحد منهما عن اصل وفرع ورد
فيه الكراهة الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز

الصوف

الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تجب الكراهة وفي كتاب الكراهية ايضا
كذلك قوله واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول ابي حنيفة في رواية هذا
الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا باس به واكل لحمه حرما مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد
من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد
منهما لما ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه
مما لا باس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر
الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه
اي لان الادهان من انية الذهب في معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم
هو الاستعمال قيل صورة الادهان ان المحرم هو ان ياخذ انية الذهب او الفضة ويصب
الدهن على الراس واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال
صاحب النهاية كذا ذكر صاحب الذخيرة في الجامع الصغير واري انه مخالف لما ذكره المصنف
في المكحلة فان الكحل لا بد ان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات المضبب
المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمشجر السرج والثفر ما يجعل تحت
ذنب الدابة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حكي ان هذه المسألة وقعت في دار
ابي جعفر الدوانيقي عند ابي حنيفة وائمة عصره فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما
تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال ارايت لو
كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه ايكره فوقف كلهم وتعجب ابو جعفر قال
ومن ارسل اجيرا له مجوسيا الى آخره واضح وقوله لما قلنا قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله
فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة حقه على الحل دائما واتى برواية الجامع
الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا يبعث عادة
على ايدي هؤلاء وقوله لا يقبل فيها اي في العبادات قول المستور وقوله حرما على مذهبه
انه يجوز القضاء به يعني اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري
الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر
فيهما اي في الفاسق والمستور اذا اخبرا بنجاسة الماء اكبر الراي وقوله ويقبل فيها اي
في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبرها ولا في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا
عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه اولا ثم يتعدى منه الى غيره فيكون
من باب الولاية على الغير وقوله ما ذكرنا اشارة الى الهدايا والاذن وقوله فان
كان الراجح انه كاذب توضأ يعني حكما لا في الاحتياط في التيمم بعد الوضوء ان لم يترجح
احد الوجهين قيل الاصل الطهارة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اما التحري مجرد
ظن فقيه احتمال الخطا وقوله ومنها اي ومن الديانات الحل والحرمة يقبل فيهما خبر
الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها

قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانه حق الله فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل وامراة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من امراة واحدة بل لابد فيها من شهادة رجلين او رجل وامراتين لان الحرمة هنهنا مع بقا النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول المجوسي في الحل اولى ان يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا اجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد هنهنا ما كان قصدا قال ومن دعي الى وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس والغنا بالكسر السماع وقوله كصلوة الجنازة قيل عليه انه قاس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله عليه السلام من راى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المايدة ينبغي ان لا يقعد يشير الى ان ما تقدم انما جاز اذا كان المغني في ذلك المنزل ولم يكن على المايدة لانه لم يدخل تحت النهي واما اذا كان على المايدة فكان كقاعد مع القوم الظالمين وقوله ودلت المسلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغنا بقوله فوجدتم اللعب والغنا فاللعب وهو اللهو حرام لانه يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليس بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام او هو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المومن باطل الا في ثلاث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وقوله يصرف القضيب غني به حسب الحارس وقوله وكذا قول ابي حنيفة معطوف على قوله دلت المسلة

فصل في اللبس لما فرغ من مقدمات مسايل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنسا لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وهو عام في الذكور والاناث لزم ان يقول وانما حل للنسا لحديث اخر فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم ناسخا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استحلالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك اية قاطعة على تاخر المبيح به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان

حرامان

83

حرامان اشارة الى جنس فمن اين العموم اجيب بان المراد الجنس ولين كان شخصا فنعم ملحق به بالدلالة وقوله ولا يكره يعني للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس وقوله لهما العمومات يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وما روي عن عمر انه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنايم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني ارى عليكم ثياب اهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة للاتكا وقوله والجامع كونه نموذجا يريد به ان المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الاخرة ليرغب في تحصيل سبب يوصله اليه وقوله لا فصل فيما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقوله والخز مسدي بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الما وجملة وجوه هذه المسلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة في عين العدو ولبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد انه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا باسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه ردا قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه ردا قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة كان يرتدي بردا قيمته اربعماية دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله عليه السلام هذان حرامان على ذكور امتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الاية ولا يقيده لان التقييد نسخ والجواب انه مشهور متفق عليه بتلقي الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله وقد جا في اباحة ذلك اثار هو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام امن كل شي من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم كان في يد عثمان حتى وقع من يده في البير فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واي بلفظ الجامع الصغير لاداه الحصر فيه ومن الناس من اطلق بينهم شمس

الايمة السرخسي فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم
ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه
ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه وقوله لما روينا اشارة
الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البرا ابن عازب انه
لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال
الفضة والذهب سوا فكما حل التختم بالفضة لعلمه ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب
فكذا في الاخر والجواب انه منسوخ لحديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك
وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب
فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل
فصه الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله وعن ابي يوسف
مثل قول كل منهما يعني اختلف المشايخ في قول ابي يوسف منهم من ذكر قوله مع ابي حنيفة
هكذا ذكره الكرخي وذكر في الامالي مع قول محمد والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم
ما كان عليه وفيه لم وقوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان
لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في
الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة
وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو
نظير التربع في الجلوس ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج من سفر عمد الى شجر فقال له رتم
فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امراتي وان
اصابه قد انحل قال خانتني هكذا المروي عن المغاب الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة
وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع ولذلك الرتيمة قال الشاعر اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم
فليس بمغن عنك عقد الرتائم والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال
كالتهدار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب **فصل** في الوطي والنظر والمس مسايل
النظر اربع نظر الرجل الى المراة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة
والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة
ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى
الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه اشار
قوله عليه السلام المراة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه
في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه
ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس
بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما وقوله ولان في ابدا الوجه والكف ضرورة دليل معقول
وهو ظاهر والا لك الرصاص وقوله فان كان لا يامن الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله

صلى الله عليه وسلم لعلي لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية
ان ينظرها عن شهوة وقوله ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما اي يوفق قاله للمغيرة
بن شعبة لما اراد ان يتزوج امراة والخافضة للجارية كالختان للغلام يعني ان الخافضة والختان
ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النسا
فلا يترك ويجوز للرجال ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض والهزال
الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن
النظر الى موضعه قال وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم
قوله خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني سعد بن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة
فيكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على ابو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل
انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم
يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا وان
المأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان
السرة محل الاشتها والركبة عورة خلافا للشافعي اسنده الا بالعانة فانها الا ما تحت
العانة والفخذ عورة لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله
تعالى فبدت لهما سوءاتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة
خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري معتمدا فيه على العادة قوله لانه لا
معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله
وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقد روي ابو هريرة جواب عن قول الشافعي
ودليل على كون الركبة عورة وقوله وابدى الحسن بن علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي
وقوله وقال عليه السلام لجرهد جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان الركبة دليل
معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر قوله لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة
سوا وقوله ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي
نحن فيه وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا
وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا الا يرى ان
وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما وان
ابا حنيفة جوز الصلوة في السفينة قاعدا لان دوران الراس فيها غالب واذا كان كذلك
فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض
وفي جانبها اعتبارا لقيام العلة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة
من جانبه حقيقة لان المفروض انه لم ينظر ولا اعتبارا لعدم العلة وكانت الشهوة من
جانبها فقط والمتحقق من الجانبين في الافضا الى المحرم اقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة
قال وتنظر المراة من المراة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان

ينظر اليه من الرجل جاز للمراة ان تنظر اليه من المراة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا
والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن محققة
قال صاحب النهاية اي في الحمام وهذا دليل على انهن لا يمنعن عن الدخول خلافا لما يقوله
بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان بنا الحمامات للنسا وتمكينهن من دخول
الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النسا الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجل لان المقصود
تحصيل الزينة والمراة الى هذا احوج من الرجل ويمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض
والمراة لا يمكن من ذلك الى هذا اشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا
ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سياتي قال المصنف والاول اصح لان نظر الجنس
اخف قال وينظر الرجل من امته هذا هو القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المراة والتسامح
في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد قوله من امته التي تحل له لان حكم امته
المجوسية والتي هي اخته من الرضاعة حكم امة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى
جميع البدن مبنية على حل الوطي فينتفي بانتفائه والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر
لان في الاهلي نوع ستر من الاقتاب والثفر وقد قيل هو الاهلي ايضا وقول ابن عمر
الاولى ان ينظر وقت الوقاع روي عن ابي يوسف في الامالي قال سالت ابا حنيفة عن
الرجل يمس فرج امراته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك باسا قال لا ارجو
ان يعظم الاجر قال وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم الثالث من ذلك
نظر الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون
بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا باس بذلك حيث جعل حالها
كحال الجنس في النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامراته انت علي كظهر
امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وقوله
والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تاويل المذكور قوله تعالى ولا
يبدين زينتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال واراد المحل مبالغة في
النهي عن الابدا لان ابدا ما كان متصلا اذا كان منهيا عنه فابدا المحل اولى لقوله
تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله وهي ما ذكر في الكتاب يريد به الوجه الى
اخره ويدخل في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق
والقدم لان كل ذلك موضع الزينة اما الراس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع
العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع
الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال
والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي
كلامه واضح وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم وقوله
في الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح

فان

فان بعض مشايخنا قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة
بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح انه
لا باس بذلك لما بينا انها محرمة عليه على التابيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق
العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه ولا باس بان يمس ما جاز
ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو
وفور الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله ولا باس وكلمة فوق في
قوله عليه السلام فوق ثلثة ايام صلة لان حرمة المسافرة بها ثابتة في ثلثة ايام ايضا فكان
كقوله تعالى فان كن نسا فوق اثنتين فاذا جازت المسافرة فقد جازت الخلوة لان في
المسافرة خلوة وقوله فان احتاجت الى الاركاب اي اركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك
ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس
مع الانتفا عن الشهوة ما امكن قال وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا اخر الاقسام من ذلك
وكلامه واضح وقوله محلاتها اي ضرب علاوتها وهي راسها بالدرة وقوله خلافا لما يقوله
محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة ووجهه ما روي عن ابن عباس انه قال
من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا في موضع المئزر وتعامل اهل الحرمين وجه
العامة ما ذكره في الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني اذا امن بذلك
على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال يحل اعتبارها بالمحارم واليه مال
شمس الائمة وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد وفي الاركاب والانزال
اعتبر محمد الضرورة فيهن يعني التي لا مدفع لها وفي المحارم مجرد الحاجة لا الضرورة وقوله
ولا باس بان يمس ذلك اي المواضع التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشرا وان خاف ان يشتهي
كذا في المختصر واطلق في الجامع فقال رجل اراد ان يشتري جارية لا باس بان يمس ساقيها
وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقيها مكشوفين والباقي واضح وقوله وكذا المجبوب
في الردي من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر
باصل الخلقة ولا يشتهي النسا فانه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النسا استدلالا
بقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النسا
وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنسا انما
همه بطنه وفيه كلام فانه اذا كان شابا يحجب عن النسا وكذلك بعد انه اذا كان شيخا كبيرا ماتت
شهوته والاصح ان يقول قوله تعالى او التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين
يغضوا من ابصارهم محكم فاخذ به واليه اشار المصنف بقوله فالحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب
الله تعالى المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا
على عورات النسا اي لم يطلعوا اي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله

ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن
وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي به قال سعيد ابن ابي سعيد بن المسيب وسعيد
بن جبير قال في النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين والحسن
وغيرهما سمرة بن جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور
مخاطبون بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى وما ملكت
ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاماء الى سيدهن يستفاد من قوله او نسائهن فلو
حملت هذه الاية على الاماء يلزم التكرار وبان الاماء لو لم يكن مراده من قوله او نسائهن وجب
ان لا يكون مراده من قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع
الاشكال ولا يشكل على احد ان للامة ان تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة
فلا اقل ان لا يزيد تضييقا واجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن
لانه ليس لمومنة ان تجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس والظاهر انه اريد
نسائهن من صحبتهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى
بعض سواء والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء وعن الثاني بان حال الامة تقرب
من حال الرجال حتى تسافر بغير محرم وكان يشكل انه يباح لها التكشف بين يدي امتها ولم يزل
هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقي واضح

فصل في الاستبراء وغيره اخر الاستبراء احترازا عن وطي يفسد والمفيد بعد المطلق يقال
استبرأ الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل واوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة
للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فبحديث سبايا
اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة ووجه الاستدلال
به انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع ابلغ نهي مع وجود الملك المطلق واليد الممكنة وذلك
لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص
واما علته فهو ارادة الوطي فانه لا يجب الا في محل فارغ فوجب معرفة فراغه واما حكمه فهو
التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك
عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان لا يكون من زنا وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير
المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يجوز وطيها حملا للحال على الصلاح اما الحكمة فلا
يصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه واما العلة فهنا فكذلك لان الارادة امر مبطن لا
يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فدار الحكم على دليل الارادة وهو
التمكن من الوطي فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب
سببا ودار الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا في المسبية ثم تعدى الحكم الى سائر اسباب
الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع فان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان
جعلت بدلا فيها فان قيل الموجب ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فلا

تقتصر

86

تقتصر عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة واذا ظهر هذا
قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع ابواه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيها ج
الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل له وطيها
لكونها اخته رضاعا او وريثها وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو
استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف
يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب
من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها اي بعد اسباب الملك قبل
القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون
بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبراء في الابقة
يعني التي ابقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها وان ابقت الى دار الحكم ثم عادت
اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما
يجب عليه الاستبراء لانهم ملكوها وقوله وحرم الدواعي لافضائها اليه اي الى
الوطي كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطيها وحرم دواعيه لافضائها اليه
وقوله ولم يذكر الدواعي في المسبية يعني في ظاهر الرواية وعن محمد انها لا تحرم
واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغير
حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل
المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب
المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء
ط والوقوع في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة توجد بالاحتياط
ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون
الاحتياط لا له حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي
في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا
واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا اعتبرت وقوله على ما بينا اشارة
الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله
عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن قوله وان ارتفع حيضها اي امتد طهرها
في اوان الحيض لا يطاها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف
براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة يدل على ان الحبل لو كان لظهر ولم يقدر فيها بمقدار في ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف الا ان مشايخنا لو استحسنوا ذلك بشهرين وثلاثة اشهر
على ما ذكر في الكتاب الى اخر قيل والاول اصح وهو ان يتركها شهرين او ثلثة لظهور

الحيل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها ويقبضها لف ونشر يعني يشتريها المشتري ويقبضها
اذا زوجها البايع او يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه
اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة في مسئلة هذه الحيلة
ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شا وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني
بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشتري الاستبرا اذا قبضها في اصح الروايتين
عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار
كانه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبرا وقوله اذا لم
يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبرا لان القبض اذ ذاك ليس بممكن من الوطي والتمكن
منه جز العلة الا ترى ان تزويج الامة المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه
سبيلا للتمكن وقوله كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها
وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبرا لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض
لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد
السبب قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسايل الاستبرا
لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبرا الى حرمة
الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل
بالاستبرا وغيره وهذه من غيره وقوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال في النهاية
اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما
وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويقوى بذلك
استدلال الشافعي علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان
اختان فقبلهما هذه على ثلاثة اوجه اما ان قبلهما او قبل احديهما فان لم يقبلهما اصلا
كان له ان يقبل ويطا ايهما شا سواء كان اشتراهما معا او على التعاقب وان كان قبل
احديهما كان له ان يطا المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما لشهوة وقيد بقوله لشهوة
لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب وهو مذهب علي عملا
باطلاق قوله وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان يقول احلتهما اية يعني قوله تعالى
او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما اية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل
في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف ولا يعارض
بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم لا يقال يجوز ان يكون المراد الجمع بينهما نكاحا
فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطي فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع
بينهما وطيا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح قوله ولذا الكتابة كالاعتاق كله كذا في النهاية وقوله
في هذا اي في انه يحل وطي الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى لا
يلزمه استبرا احديهما بعد العجز ولم يحل فرجها للغير فكان ينبغي ان لا تحل له وطي الاخرى واجيب



بان

بان الحل يزول بالكتابة ولهذا لزمه العقر بوطيها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج ٤٠
فيحل له ان يطا الاخرى وقوله ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل الى اخره واضح وعن عطا ان ابن
عباس سيل عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم الخليل صلوات الرحمن عليه كان بمكة
فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال
ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى
الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق والشيخ ابو
منصور وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر
عنه المصنف بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان
عليه قميص او جبة فلا باس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا رخص
فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام
وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنيا يقوم له ويعظمه ولا يقوم
للفقرا وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنيا يتوقعون مني التعظيم فلو تركت
تعظيمهم تضرروا والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام
والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام فصل في البيع اخر فصل البيع
عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان
وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم قال ولا باس ببيع السرقين كلامه
واضح وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة
يجوز وقوله على اي وصف كان يعني حرا كان او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امراة وقوله لما مر
من قبل يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد
في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه
اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قبل قوله وهذا اذا كان ثقة اشارة الى قوله على اي وصف كان
اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب
الفاسق لمروته او لوجاهته وقوله لان اكبر الراي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو اعظم من
هذا كالفروج والدما الا ترى ان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبر انها امراته
وسعه ان يطاها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رايه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره
ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رايه انه لص قصد قتله واخذ ماله
وان كان اكبر رايه انه هارب من لص لم يجز له ذلك وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك
كدرة في يد فقير لا يملك شيا او كتاب في يد جاهل لم يكن في ابائه من هو اهل لذلك فحينئذ
يستحب له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله
ومن علم بجارية انها لفلان فراى اخر يبيعها يعني ان الاتي بالجارية اذا كان عبدا او امة
وقال لاخر وهبتها منك او بعتها منك فليس للاخر ان يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى

يسال عن ذلك لان الباقي للملك وهو الرق معلوم فيه فالم نظهر له دليل مطلق للتصرف
في حق من راه في بيع لا يحل له الشرا وقوله وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجر الى المهلة
اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امراه اخبرها ثقه بانه على ان القاطع اذا كان طاريا
ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقه لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من
انضمام اكبر الراي الى المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع
طاري فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان
قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه اخر فيه يوجب عدم القبول
وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب
بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال
وخبر الواحد اقوى منه والباقي واضح قال واذا باع المسلم خمرا لانه واضح وروى عن
محمد انه قال اذا كان القضا والاقتضا بالتراضي فان كان بقضا القاضي بان قضى عليه
بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه وقوله ويكره الاحتكار الاحتكار
افتعال من حكر اي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلا قوله فان لبس فهو مكروه
في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه وقوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا
قفيزا بمائه وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله يرى الحجر لدفع
ضرر عام يعني كالمتطبب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحمل
لان الشرب قد يوجد دون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن
وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شا واضح ولكن في لفظ الكتاب اساه وذلك لان
عقد الوديعه فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعه والقرض ويجوز ان يجعل قوله ياخذ منه
ما شا خارجا مخرج الشرط يعني وضعه بشرط ان ياخذ منه ما شا واما اذا وضعه ولم يشترط
شيا فهو وديعه ان هلك لم يضمن شيا **مسايل** متفرقه التعشير جعل العواشر
في المصحف وهو كتابه العلامه عند منتهى عشر ايات واختلف في تفسير قوله جردوا القران
فقيل المراد به نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهه نقط المصاحف وقيل هو امر بتعلم القران
وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل انه حث على ان لا يتعلم شي من كتب
الله غير القران لان غيره انما يوجد من النصارى وليسوا بمامونين عليها وقوله وقد ذكرناه
من قبل يعني في فصل القراه من الصلوه وقوله ولا باس بعيادة اليهود والنصارى قيد بهما
لان في عيادة المجوسي اختلافا بين المشايخ فمنهم من قال لا باس به لانهم من اهل الذمه
وهو المروي عن محمد ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى الا ترى انه
لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق
والاصح انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح قال
ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في جواز

الحلم

الحلم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عند بعولها ولها اب فوهب لها ابها
لو قبض او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها قيام الاب
لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية
ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره
فخر الاسلام واموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة قوله واجارة الصغار في اكثر النسخ
وهو رواية القدوري وفي بعضها واجارة الاظار وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط
ان يواجره مناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول
على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب
الى لفظ الاظار كما مر ومنهم من وفق بينهما بحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة
بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه
ضرورة وقوله ولا يجوز ذلك للعم يعني وان كان في حجره وقوله ولو اجر الصبي نفسه
لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله
ويكره ان يجعل في عنق عبده الراية الراية العلامة على يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه ابق قال
في النهاية واما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند ما انه الاباق
اما في زماننا فلا باس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله يريد به البداوي احتراز
عما لو اراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته اي باباحة البداوي الحديث
قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق دا الا وقد خلق له
دوا الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب
ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع
النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه
لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفا بالمحرم حرام هذا اذا لم يعلم ان فيه
شفا اما اذا علم ان فيه شفا وليس له دوا اخر غيره يجوز الاستشفا به ومعنى قول ابن مسعود
ان الله لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في دا عرف له دوا غير
المحرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون
الشفا بالحرام وانما يكون بالحلال قال ولا باس برزق القاضي اذا قلد السلطان رجلا
بالقضا لا باس ان يعين له رزق بطريق الكفاية لا ان يشترط ذلك في ابتدا التقليد
لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له اربعين اوقية في
السنة والاوقية بالسند بذا اربعون درهما وحملوا على انه صلى الله عليه وسلم من اي
مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن
عمر فقيل انما رزقه من الفي وقيل من المال الذي اخذه من نصارى نجران ومن الجزية الذي
اخذها من مجوس هجر وقوله على اختلاف معروف في نفقة المراة يعني على قول محمد يعتبر

ودخصه ما بقي من السنة وعلى قول ابي يوسف لا يجب قياسا على نفقة الزوجة اذا استعجلت
نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافا لابي يوسف
وقوله ولا باس ان يسافر الامة الى اخره قيل هذا كان في الابتدا اما الان فيكره ذلك لغلبة
اهل الفسق وقوله وقد ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر من قبل فصل الاستبرا بقوله واما الخلوة
بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم

كتاب

احيا الموات مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان في مسايل
هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب في الخصب في اقوات الانام وشروعيته
بقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وشروطه ستذكر في اثنا الكلام
وسببه تعلق البقا المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك المحيي ما احياه قال الموات
ما لا ينتفع به من الاراضي سميه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الما عنه او لغلبة الما
عليه او ما اشبه ذلك بان غلب عليه الرمال او صارت سبخة بالموت من الحيوان الذي
بطل منافعه سمي مواتا واحياوه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله مما كان عاديا
ليس المراد به ما تقتضيه ظاهر لفظه من ان يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع
اراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب وقوله او كان مملوكا في
الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضي المملوكة
اذا انقرض اهلها فهي كاللقطة وقوله واذا لم يعرف مالكه من تتمة قول محمد وقوله
مدار الحكم عليه اي على البعد مرجع حلي منهم من قوله قريبا وقوله ثم من احياه واضح وقوله
وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع بتقرير ان المشروعات على نوعين
احدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من
قاء او رعف في صلوته فلينصرف والاخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله
سلبه اي للامام ان ياذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه السلام اذنا
لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا مواتا فهي له من ذلك
القبيل وحاصله ان ذلك يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة مفسر لا يحتمله فكان راجحا
وفيه وجه اخر وهو ان قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له يدل على السبب فان
الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا
باذن الامام وقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله
والاصح ان الاول يتركها من الثاني بناء ان المشايخ اختلفوا في ان احيا الموات سبب
ملك الاستغلال وملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي الى الاول
قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل عنه
حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه
لا يزول بالترك ولقايل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب

ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب
انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل
قتيلا فله سلبه يملك سلب من قتله وقوله لتعينها لتطرقه لانه حين سكت عن الاول
والثاني والثالث صار الثاني طريقا له فاذا احياه الرابع فقد احيا طريقه من حيث المعنى
فيكون له فيه طريق قال ويملكه الذمي بالاحيا المسلم والذمي في تملك ما احيا سوا لا
ستوايهم في السبب والاستوا في السبب يوجب الاستوا في الحكم كما في سائر اسباب الملك
حتى الاستيلا فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلا على اصلنا كالمسلمين قوله ومن حجر
ارضا يجوز ان يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم بوضع الاحجار حوله لانهم
كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني علم لحجر الغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر
ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشا
يخ اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين ومنهم لا يفيد
وهو مختار المصنف اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا احيا
انسان اخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه يملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول
ما روي عن عمر ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث
سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب
والجواب عن استدلال الاول ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان يتم المسناة
هو ما يبنى للسيل ورد الما وقوله ففي الاحمر يريد حفروا البير ورد الحمر وهو ما
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر من بير مقدار ذراع فهو متحجر
وقوله ليتحقق احتياجهم اليها حقيقة يعني عند محمد او دلالة عند ابي يوسف وقوله على ما
بينا اشارة الى قوله ولمحمد اعتبار انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى اخره وقوله
يجوز ان يقطع الامام يقال اقطع السلطان رجلا ارضا اي اعطاه اياها وخصصه بها
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ليتحقق احتياجهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها وقوله
الاربعون من كل الجوانب يعني يكون في كل جانب عشرة اذرع لظاهر قوله صلى الله عليه
وسلم فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع
والصحيح انه كل من جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير الاولى
كيلا يحفر بحريمه احد بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة
اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف بالصلابة والرخاوة وفي مقدار الاربعين
ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله وله ما رويناه
يريد به قوله من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا من غير فصل يعني بين
العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل
بين العطن والناضح واجيب بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب

في اتساع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات
كما في قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك
قوله تعالى ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن
الغالب من امره الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو
يوسف قال حدثنا اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البئر اربعون
ذراعا من هنا وهنا وهنا لا يدخل عليه احد في حريمه ولا في مائه وقوله
والعام المتفق عليه والعمل به يريد قوله عليه السلام من حفر بئرا الا ان كلمة من عند
العموم اولى عنده اي عند ابي حنيفة من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد حديث
الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم
بئر الناضح ستون ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بئر العطن فله مما
حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى واجيب بان عطنا ليس صفة لبئر
حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين لكونه دافعا لمقتضى القياس
فانه يابى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل فبقي موضع
الحفر استحقاقه لما ذكرناه فان قيل فاتركه في الناضح ايضا بحديث الزهري
لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس
فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع
وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهي ذراع العامة وانما
وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله
لما بينا اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس
فانها هي المكسرة قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح وقوله
ان يطمه اي يصلحه ويكبسه من باب اعجبني زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان
اصلاحه كبسه وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل
حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى
بالفارسية كاريز وقوله وبه ورد الحديث يريد به ما روي ان رجلا غرس شجرة
في ارض فلاة فجاء اخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة
الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع
واطلق الاخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه قوله
ومن كان له نهر في ارض غيره ذكر في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا
على شاطئ النهر لاخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط
ونحوه فالمسناة لصاحب الارض بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة
هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها

اي

اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال ابو يوسف المسناة لصاحب
النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل
حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر
في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبئر يعني بجامع
الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كما هي في البئر والعين فيعدى
الحكم منهما اليه وله ان القياس ياباه على ما ذكرنا يعني قوله ولان القياس يابى استحقاق
الحريم الى اخره وفي البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا
يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحريم فيه اي في البئر جواب عما يقال هب انه على خلاف
القياس فليلحق به بالدلالة ووجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى
او المساوي والامر فيما نحن ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البئر بمعنى
العطن فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن
في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله وجه البناء اي
قوله والقول لصاحب اليد من جهتهما وقوله وبعدم استحقاقه الى اخره من جهة ابي
حنيفة وقوله اما صورته فلا يستويان بما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة
مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان
الظاهر ان ارتفاعه لالقاء الطين وقوله يقضي للذي في يده ما هو اسبه بالمنازعة
فيه هو الموعود بقوله على ما نذكره وقوله والقضاء في موضع الخلاف اي في مسئلة
من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة بعد
هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه
في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب
عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه
ليس بها موضع الخلاف وقوله ليس لاحدهما عليه اي على المسناة سوى الحريم
فصول شتى فصل في الماء لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به
مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكري
لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها
هنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر
بغداد والفرات نهر الكوفة وشفة النهر بالكسر والفتح حافته وانث ثلث
في قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود
ان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه السلام من صام
رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي
ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انث وقوله عليه السلام شركاء يريد به الاباحة

فالاعم منها ان يقطعه الكليته
في ارض لا تكون مملوكة لاحد
يكون الناس في ذلك شركة
في الدعوى والا حينئذ
ان يبيع احد منه ... في البحار

في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والابار والانهار واما الكلا وهو ما لا ساق له فاما ان ينبت في ارض شخص او انبته فيها بكري الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب الارض او يا ذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشي منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فمن اوقد نارا في ارض ليس برضاه لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بناره من حيث الاصطلا بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوءها واما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم او حطب قد احرزه الموقد ليس مما يتسامح فيه المروة وكلامه واضح وقوله الا انه ينتفي فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقه انسان لم تقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشيا كلها الا ان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث نوافق العمل بقوله تعالى خلق لكم الاية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر ذكره في المبسوط واكثرهم على ان له ان يمنع في مثل هذه الصورة لان الشفه ما لا يضر بصاحب النهر والبير فاما ما يضر وينقطع فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان ياخذوا منه اي من الجدول الصغير علم من وضع المسلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال لا ياخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله له ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتاخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الماشي دخل في المقاسم اي شي دخل في قسمه رجل بعينه وقوله بواحدة اي بالكلية

فصل في كرى الانهار لما فرغ عن ذكر مسايل الشرب احتاج الى ذكر مونة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مونة الكرى اسرار ايدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مونة الكرى كالنهر العام اخر ذكره ووجه الحصر على الثلثة ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة واما الاخران فقد فصل المصنف بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها وقوله الا انه يخرج للكرى الكري من كان يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويحمل مونته اي مونة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مونته على الاغنيا وقوله ويقابله عوض يعني حصته من الشرب فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص لم يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويحب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله حقيقة الامتثال بقال ثبوا السيل موضع كذا اي خرقه وشقه

وقوله

وقوله لا بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الابي كما في الثاني وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي وقوله فاستوت الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الابي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا يجبر لحق الشفه جواب عما يقال ان في كرى النهر الخاص احياء حق الشفه للعامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الابي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفه وهو قول بعض المتاخرين من مشايخنا وفي ظاهر الرواية لا يجبر الابي لحق اهل الشفه كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكري لحق اهل الشفه وقوله ومونة كرى النهر المشترك ظاهر وقوله فلا يلزمه اتباع غيره قال في النهاية الصواب تبع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون معنى فكانوا مجهولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه لما قرب فراغ بيان مسايل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسايل شتى من مسايل الشرب بجواز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي في الدعوي والشهادة والشرب مجهول جهالة لا يقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن مستعملا باجراء مايه فيه او لم يكن استحقاقه في طرفي النهر فعليه اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر او انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي الاجرا في هذا النهر فاذا اقامها يقضي له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول او حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله وحكم الاختلاف فيها اي اختلاف المدعين في الامور المذكورة نظير اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره معارضا بهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء ومن له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اي في السكر من ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر النهر كالطين ونحوه اذا امكنه ان يسكر بلوح او خشب او باب لكونه اضرارا بهم بمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا ارضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شي بدا اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا الان في السكر احداث شي في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركا وحق اهل ثابت ما لم يرووا فكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود اهل اسفل النهر امرا على اهل اعلاه

بقبل

الاسفل

حتى يرووا الان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لزمك طاعته فهو اميرك وقوله والداليه والساسه نظير الرحى الداليه جذع طويل مركب تركيب مذاق الارز وفي راسه مغرفه كبيرة يسقى بها والسانيه البعير يسقى من البير والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والعظم مما يتخذ من الحجر والاجر موضوعا للارفع وكل ذلك تجدده من يحدثه في ملك مشترك فلا يمكن الا برضاهم سوا كان منهم او من غيرهم وقوله واذا كانت القسمة بالكوى الكوه ثقب البيت والجمع كوا بالمد وكوى بالقصر ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له ان يوسع الكوه وكذا اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من فم النهر وهذا بقدر اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فاراد ان يوخرها عن صفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يريد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويريد من الماره من ليس له حق في المرور وقد بقوله ساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول لشريكه احعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة وربما يضر ذلك بصاحب السفل وقوله لانه اعاره لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتقدم جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفا الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى ان القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع نعم الحوض ونحوه والوصية اخت الميراث (اي جواز الارث) وقوله بعينه احترازا عن الايصا ببيع الشرب كما يذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك لشي من العقود فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة الى وجود الاختلاف فان العلما اختلفوا في كيفية قضا الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك ان يقال للمقومين ان العلما لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من ادرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار المصنف ما ذكره في الكتاب وقوله او يخرجها

فان قلت لما كان الشرب لا يملك بالبيع والصدقة والهبة وهي اسباب الملك كيف يملك بالارث وهو ايضا سبب الملك كهذه الاشياء وما الفرق بينهما قلت الفرق بينهما هو ان الورثة خلفا الميت فيما تركه بلا ارض

ما قال

ما قال في الصحاح بحرت الارض اي ارسلت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه بلوح اليه لانه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقاها منه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان حين تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحايط المايل

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحيا الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة وحسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما بال الحل للامم السالفة مع احتياجهم اليه كذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل علينا كرامة لنا من الله لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتدا والداعي المذكور موجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم يكن اذ ذاك واما للتدريج الصارى لئلا ينفر من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به مالكا والشافعي رحمهما الله وقوله فيما ذكرناه اشارة الى النيء من ماء العنب وقوله في عتير ابي داود في غير النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا اعتبر لفظ الخمر كالمثلث والطلا والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية معنى ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي يعني غير النيء خمرا للتخمر اي لصيرورته مرا كالخمر لا للمخامرة جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز ان يكون للمشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالقارورة مشتقة من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد في القرار وانظاره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى ابن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم احدها قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرايع لا لبيان الحقايق وقوله وقيل يوخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يوخذ بقذف الزبد احتياطا ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قائلا بحرمة المسكر منه لانه جحود الكتاب معنى قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالة على ذلك في الاعراف شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب منه وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث كلها تدل

على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كسخا عنه على
رضي الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى قوله وهذا من خواص الخمر يعني دعا القليل
الى الكثير قال في المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتدا ولا يزيد على اللذة في الانتها
الا الخمر فان اللذة لشاربها يزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني ماروي
ابن عباس رضي الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت
حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها
لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب يخاف
عليه الشرب واما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله والسابع حرمة
الانتفاع بها يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله
الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاثة الحديث
وقوله هو على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد انه اذا اشرب بعد الطبخ ولم
يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب اي لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة
هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا
على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا لانه قال
الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب
ولو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من
الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه
لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو النيء من ماء التمر اي الرطب ثم فسر الرطب
بالتمر لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله على ما يجيء وقوله فهو حرام مكروه ارداف الحرام بالكراهة
اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها
لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من قبل يعني قوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرم والنخل وقوله والاية محمولة على الابتدا اذ كانت الاشربة مباحة
لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالاية الامتنان كما قال الخصم وقيل
اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله
وقد بينا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب الى اخره وقوله غير انه عنده
يعني عند ابي حنيفة رحمه الله يجب قيمتها لا مثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي
على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام واورد رواية الجامع الصغير وهو قوله وما سوى ذلك
من الاشربة اي ما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب
والطلا وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره
وقوله وقال فيه يعني في الجامع الصغير قال ولا باس بالخليطين الخليطان ماء التمر

والزبيب

والزبيب اذا اخلطا فيطبخ بعد ذلك ادنى طبخه ويترك الى ان يغلي ويشتد والعجوة التمر الذي
يعجب منه العرس لجودته وهو قوله محمول على الشدة وكان ذلك في الابتدا يعني ان النهي عن
الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر الطعام لئلا
يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالاخر على جاره ثم لما وسع الله
على عباده النعم اباح الجمع بين الطعامين وقوله قيل لا يحد هو قول الفقيه ابي جعفر وقوله
وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره قيل ويجوز ان يكون
اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الانبذة
ليست متخذة مما هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن
الرماك وما في كلامه واضح وقوله وعن محمد مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف مذكور
في النوادر ولنا ان العلماء الثلاثة على القول الموافق لمحمد في بعض النسخ ولهما اي لابي حنيفة
وابي يوسف وقوله ولان المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا لا ما قبله
فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم
ايضا اجيب بان الحكم مضاف الى العلة معنى وحكما ودونه نظر لان الاضافة الى العلة اسما
ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما
تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا وقوله انما يحرم
القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقديره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد
هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم
ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب على الاول
ان القياس كذلك ولكنا تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها يدعو الى الكثير فاعطي حكم القليل
حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله
والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن
سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب
ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبي
لان ابا يوسف كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب
الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لاباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف
المشايخ فيه واختاره المصنف وقوله او يذهب منهما يعني تارة يذهب الماء اولا للطافته
وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا
معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب
الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب
اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله ولا يكون الذاهب يلتي ماء العنب
اي على التقطع والسائب وقوله يكتفى بادنى طبخه في رواية عن ابي حنيفة هي رواية الحسن عنه

وانكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن ابن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكره في الكتاب قال ولا باس بالانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت والنقير وكره اهل العلم الانتباذ في الدبا وهو القرع والحنتم وهي جرار حمر او خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدبا والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيا ولا يحرمه ولكن انما يفسد فيه ان كان فيه خمرا بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب وقال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة يشتد في هذه الظروف اكثر ما يشتد في غيرها يعني وصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء شي فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما النهي في الخمر تنجس بلا قاء فالخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شي من ذلك ودليله على احد الوجهين ما ذكر في الكتاب ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل وهو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفرا وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمانع مكابر وقوله وكذا الصالح للصالح يجوز ان يكون معناه المخلل صالح للصالح والصالح للصالح مباح اعتبارا بالمخلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لا نسلم انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جايز فالتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الا المكابر فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم ولكن ارقها حين سأله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان تتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك في ابتدا التحريم قطعا لما الفوا بحرموا حول الخمر وكما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرم ويوضحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم



قط فقال عليه السلام اليس كانوا يامرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك ففسر الاتخاذ بالاستعمال دردي الخمر وغيرها ما يبقى في اسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والامتشاط به وانما خص الامتشاط لانه مما يحسن الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي قال شرب جزا من الخمر يوجب الحد ولنا الى اخره واضح فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما للابقا على حله الدورق مكيال للشراب هو عجمي قوله وان كانا يذهبان معا تغلي الحملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية وكان محمد اعلم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الما وطبخ يذهب الما اولا ومنه ما اذا صب فيه الما يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الما مهما كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كان يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله ففي الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الما اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان تجعل كل عشر من الما والعصير على ثلاثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق العصير على ثلاثة لحاجتك الى التثليث والثلثين فيكون الما ستة والعصير ثلثه والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الما فقد ذهب ستة من تسعه وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصير الا غير وهو ثلاثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب من ستة ومن اثنان فقد ذهب ثمانيه وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الما والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الما والباقي ثلث العصير وثلث الما فهذا وما لو صب الما في العصير بعد ما صار مثلثا سوا وقوله يحل لانه اثر النار مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلثه اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سوا وهذا خلاف ما لو برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شي فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله ساقه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال لما بقي منه رطلان وثلثان وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شي تسعة ارطال فعرفنا ان حل رطل من ذلك في ثلثي رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وثلثه اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله ولها طريق اخر فقل هو ان تجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب

الحرام وسقي الحلال فبلغا عشرين ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو
ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال
منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه فهو من الحلال
والحرام جميعا لانه لا يتعلق للذاهب عينا بالحلال وبالحرام وكان الذاهب منهما على السواء
من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رتب زيادة الانكسار
فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلثه وثلث الثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال
الحلال ثلثين سهما وقد اريق منه ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل
والله اعلم

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب
الاشربة لحرمتها اعتبارا بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف
حال الصايد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التفرج والصيد
مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصايد اما ان يكون محرما او لا فان كان
فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال
اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصايد وهو ان يكون من اهل الذكوة وان يوجد منه
الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا
يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب
على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل
منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك
وان يمنع نفسه بجناحيه او قوايمه وان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه وان يموت
بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا
شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل اخر
لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع
بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان ادنى
مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على
الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه
احل لكم صيد البحر كان انسب واما السنة فقوله عليه السلام لعدي بن حاتم على ما ذكر
في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب
والانتفاع مباح كالاحتطاب اسند لا لا بالمعقول فصل في الجوارح قدم
فصل الجوارح على فصل الرمي لان الة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل يقدم
على المفضول قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم
والفهد المعلم والبازي المعلم وساير الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب
والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما

لحل

فصل علة عدم الاستثنا العلم اي الاصطياد لانا نستنتج اعلام بالتبعية والانتفاع غير ذكيه

لحل احد فلم يستثنه والثاني انا يمكن تعليمهما جاز الاصطياد بهما لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد
والذئب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا ياكلانه في الحال والتعليم انما يتحقق بترك
الاكل فلا نعلم انه ترك عادة او تعليما ولان التعليم لا يمسك للعير والاسد تعلو همته
لا يتعرف ذلك والذئب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحداة بالذئب
ب لمعنى الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى
المعلمة من ذوي الناب والمخلب فان رواية القدوري يدل على الاثبات لا غير ورواية
الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله
تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات
اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران
في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى
قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسالونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من
الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطه وجوابه
سب فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب
من سباع البهايم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين
وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تاويل لانه
في تاويل اخر هي التي تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن
لما كان التاديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر
ومجاهد انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف على
صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى
الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعايه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه
الاسد وقوله وعن ابي يوسف متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان انه
تعليمه بترك ما هو مالوفه عادة قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا ياتي في الفهد والنمر
فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد
لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما
فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار قيل اراد به حكاية موسى مع الخضر
عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في
حبسها اي اصل الحكم في حبس الغاصب نحو حبس الغريم وحد التقادم وتعزير ما علق
في برح ما اليد المعينة وقوله اه انه تعلمه عنه اي ان ترك الاكل علامة تعلمه عند الثالث
لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا انه يمسكه
على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية
الزيادات فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل

الى انه يحل والسوى على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني في تاويل غير ما اولناه اولا وهو قوله
والجوارح الكواسب في تاويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الجا
معنى يجمع في معنى الاية من التاويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا ورد
وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم
يكن بينهما تناف يجب الجمع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله
في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي ههنا وفيه نظر
لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح التي تحصل بالجراحة او يكون حقيقة في
احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف
قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي وقوله ومنه اي في
الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله رجوعا الى التاويل الاول يعني ما سبق من الكواسب
وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على
مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي بن حاتم فان قيل
روى ابو ثعلبة الخشني انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل
واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى وكلوا مما امسكن عليكم فان
الامساك عليهم ان لا يوكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه يويده قوله
عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وقوله على اختلاف
الروايات كما بيناها انفا اراد ما ذكر انه يحل عنده تناول ما اصطاده بالتالي اخر وقوله
واما الصيود التي اخذها من قبل واضح وحاصر ذلك في الحرز الذي لم يوكل ان ابا حنيفة
حكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما احرزه المالك حكم باباحته
باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد اخر مثله بعده والجواب
ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل وتبدله ذلك
ينقض باجتهاد اخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضا وما قال ابو حنيفة اقرب الى
الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيا من صيوده المعدوده والحكم
فيه كالتي فيه الخلاف اذا تصادق البايع والمشتري على جهل الكلب وقوله ولو ان صقرا فر من
صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يوكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في
حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسلة الوسه في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما ترب
فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قبل فان الصيد كما خرج عن الصيد به باخذ صاحبه جاز
ان يخرج ايضا بنهبه واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا على
صاحبه وانتهاشه منه من لحم اخر في حالة صاحبه سوا واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على
نفسه قال واذا ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد
حيا فلا يخلو اما ان يمكن من ذبحه او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يوكل سواء ان

الحياة

الحيوة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذا الحكم البازي والسهم وذلك لانه
قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته
والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الالة وضيق الوقت فاما
ان يكون فيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح او لا فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعند
ابي حنيفة وابي يوسف انه يوكل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل اذ الفرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن راى الما ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر
الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبوح وهو قايم مقام التمكن
من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن
في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على
الذبح وان لم يكن الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى
مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الما وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع
وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح لتقام مقام التمكن من الذبح وفصل
بعض المشايخ فيما اذا كانت الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد
الالة لم يوكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن
مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط وكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حلال حقيقة وحكما
فلم يثبت صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار فان قيل وضع المسلة فيما يكون الحيوة فيه فوق ما يكون في
المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي عدم يكون في المذبوح بمنزلة
العدم يكون الصيد في حكم الميت والزايد على ذلك لم يسع الذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا وهذا
اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكوة فيما اذا كان تفاوتهما
اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي اضطراب
المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الما بعد ما ذبحت وقيل وهو قول ابي بكر الرازي هذا
قولهما اما عند ابي حنيفة فلا يوكل بهذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكوة الاختيار
ردا الى المتردية اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرناه انه لا يوكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما
فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة
والذي بقر الذيب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى
لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا بد من حيوة بينة
وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال
محمد لا بد من حيوة بينة وهو ان يكون بحيث تعيش فوق ما تعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله
والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وصل الى قوله
لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا معتبر وقوله ولو ادركه ولم يأخذه يريد الى ان المسايل المتقدمة

كانت فيما اذا اخذه الصياد وههنا ادركه ولم ياخذه وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع في
يده حيا وقوله واذا ارسل كلبه على صيد معين يعني صيدا معينا فاخذ غيره حل يعني ما دام في وجه ارساله
وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة
الى المقصود سوا فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصائد
او الكلب على الوفا بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله
على ما بيناه في اوائل كتاب الذبائح حيث قال وتشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا اشترط
التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله صلى الله عليه
وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلثة فصول احدها ما اشترك
فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح
وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في شيء واحد
لكن الثاني اشد اي حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول
في شيء من الصيد وانما اثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بنا عليه
فلا يضاف الاخذ الى التبع قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي الاصل في هذا ان الفعل
يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله
لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب
حلال فانه يجب عليه الجزا واجيب بان الجزا في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزا بما هو
دونه وهو الدلالة لانه يوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل
كذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم تثبت به اي بالزجر شبهة الحرمة يعني في الصورة
الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل فانما اولى ان لا تثبت به الحل يعني بزجر
المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف
الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بنا
عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو ناسخ فيجعل ناسخا
وقوله وقتله اي جرحه جراحة اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة
وهو تنبيه الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد
الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق
بالدواجن فيحل بالذبح لا بجرح الكلب وجوابه انه تعذر دفعه وما تعذر دفعه فهو عفو
وقوله بخروج الكلب الاول يعني انه لا يوكل لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية ذكوته بعد
الذبح في الذبح لا بجرح الكلب لجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل
والحرمة غلب الحرمة فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الالة الحيوانية شرع في
بيان حكم الالة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل
كلبه او بازه فاصاب صيدا ظبيا مثلا فان تبين ان المسموع حسه ادمي او بقر او شاة لم يحل الظبي

المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به الاباحة وصار كانه رمى
الى ادمي غالبا فاصاب صيدا فانه لا يوكل وان تبين ان المسموع حسه صيد احل المصاب اي
صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان اللحم ماكولا او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن المسموع
حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة
في شيء منه بخلاف سائر السباع لان الاصطياد يوثر في جلده وفي فرخص منها اي من جملة
المسموع حسه ما لا يوكل لحمه الا ان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سوا ووجه
الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سوا فاذا
قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا او الاصطياد فعل مباح في نفسه فيفيد اباحة
المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولكن لا
يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله ثبت اباحة تناوله
لغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله ثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع
اصطيادا او اباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا
كان كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وقوله وان تبين انه حس ادمي قد بيناه انفا وقوله
لان الفعل ليس باصطياد الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي ياوي
البيوت اهلي والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلته اي بمنزلة الادمي لما بينا ان الفعل
ليس باصطياد ثم اذا احتمل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان
المذكورتان في الكتاب وقوله وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما تنبيها الى ان كون ما
يتبين حسه من الصيود من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه
صيدا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين ان المسموع حسه سمكة لم يوكل الصيد ولو سمع حسا وظنه
ادميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا
فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصا ب
صيدا ثم تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد رمي الادمي وفي هذه
المسئلة قصد رمي الادمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل او شمول
عدمه او انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لانه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه ادمي
فيما اذا اقترن ظنه بانه صيد اولى ولانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصا ب
ههنا كما لو لم يحل ثمه او لم يحل ههنا نظرا الى قصده وحل هناك كذلك اجيب بان الفرق
بما اشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة
الاولى اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه ليس بصيد فكان فعله
متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله
اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد
واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو

الاصطياد حقيقة فلما وجد الاصطياد حقيقة لم يعتبر بالمظنة المخالف لفعله الذي هو اصطياد
حقيقة والظن اذا وقع مخالفا للحقيقة نعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل
الاصطياد وقوله على ما بينا يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الى
اخره وقوله فتحامل التحامل في الشيء ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في الشيء وقوله
حتى اصابه اكل قيل اذا وجد وفيه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجد وفيه جراحة اخرى
فليس له ان ياكله ترك الطلب او لم يترك كما سيجيء لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل
والاخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يوكل لانه ظهر لموته سبب
وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل
صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل فيه موهوما والموهوم
في هذا كالمحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى رجل اليه عليه
السلام صيدا فقال من اين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال
بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال عليه السلام
لا ادري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمته ذلك يدل على حرمة ما اذا
قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل
هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في
طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز
عن توار يكون بسبب عمله وقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما يتوارى عنه اذا لم
يحل يعني وان راى فيه اثر سبع واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم كذلك وكانه بنى الامر
على الغالب لانه اذا مات عنه قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره
اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روي عنه عليه السلام من كراهته اكل
الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له
على ما مر من قصته فانه عليه السلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب
ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واحتمال قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما
وقوله ولو وجد به جراحة قد بيناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه
لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز يمكن لان الصيد
لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال
واذا رمى صيدا فوقع في الماء كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال
على ما سياتي قوله وكذا السقوط من عل وفي السطح من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا
ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح
والقصبة المنصوبة على ما سيجيء وقوله وذكر في المنتقى شرح بيان ما وقع في الاختلاف
بين رواية الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية

المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل
شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي
في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا
وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسالة روايتان وهذا اي ما فعله
شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجرى على اطلاقه وحمل على غير حالة الانشقا
يحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض
اكل وقد ذكرناه في معناه وقوله كما اذا وقع اي غير الماء في الماء وقوله وما اصاب المعراض
بعرضه المعراض سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة
طينة مدورة يرمى بها وقوله اذا لم يخزق بالزاي المعجمة خزق المعراض اي نفذ
وبالراء المهملة خطا قوله وكذلك ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا
وبه حدة قالوا لا يوكل لاحتمال انه قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل والمروة
حجر ابيض رقيق كالسكين يذبح به والليطة يستعمل عسه الا اذا كان المسمى عبرا نادرا
ابدا فانه يلج في البدن حد السدود وقوله قيل لا يحل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه
ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود
الذكاة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد
بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال
وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح
مبيح وقد وجد ولا يوكل العضو ان امكن حيوته بعد الابانة وان لم يمكن اكلا وقال
الشافعي رحمه الله وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكاة
الاضطرار وكلما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار
وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الراس في ذكاة الاختيار فكذا
العضو المبان في ذكاة الاضطرار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت
ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي
حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام
الحيوة واما حكما فلانه يتوهم حيوته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي ولكونه حيا حكما
اعتبر الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة لم يوكل لجواز ان يكون موته بوقوعه
في الماء وقوله ابين بالذكاة ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكاة
يوكل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة
لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يصير ذكاة
اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجد وفيه من الحيوة فوق ما
في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه

ليس بذكوة بالنسبة الى المبان لعدم مابيره فى موته لفقد الحيوة عنه حينئذ فان قيل فليكن
ذكوة المبان بتبعه الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا يتبعه معنى الاقل
تبع الاكثر اذ الم ينفصل عنه وهنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور فى الكتاب
ظاهر وقوله والاكثر مما يلى العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلى الراس فانه يوكل الاكثر لا غير
وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان بان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذكوة
لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث
مما يلى الراس فقد وقع الذكوة بقطع الاوداج بنفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقى
ظاهر قوله ولا يوكل صيد المجوسى معناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل
للذكوة الاختيارية ولا بد منها فى اباحة الصيد قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم
يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذاك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا والاول
على اوجه فانه اذا رمياه معا فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب فاما ان يثخنه
قبل اصابة الثانى او لا والثانى كذلك فانه اما ان رماه الثانى قبل اصابة السهم الاول
او بعده فان كان الثانى فاما ان يثخنه الاول او لم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثانى
غير مذكور فى الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما
جميعا ويوكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيجرحاه وله اعتبار الحالة الرمى فانه كان صيدا
حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكوة واصابت الرميتان معا فاستويا فى السببية وذلك
يوجب المساواة فى الملك وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه اى ضعفه واخرجه
عن حيز الامتناع ثم اصاب سهم الاخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر
حالة الاتصال والسهم الثانى اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر
للحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل يثخنه ولهذا تعين التسمية حال الارسال والارسال
قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثانى حظر وللملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل
وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثانى وان لم يثخنه فهو للثانى وهو
ظاهر وان رماه الثانى بعد ما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثانى
فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله واما المذكور فى الكتاب فقد اعتنى المصنف فى بيانه
وتشير الى بعض الفاظه ان خفى فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يوكل وقوله وان علم ان الموت
حصل من الجراحتين او لا يدرى قال فى الزيادات الى اخره بيان لحكم الضمان ولم يذكر الحل حكم ج
وحكمه انه لم يوكل لانه احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكر
لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة الجهالة وهى ان لا يدرى ان الموت حصل بايهما كصورة
العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب
ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان
نقصان الجراحة انما هو سبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان

رماه

ورماه الاول ثانيا يعنى ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثانى غير الرامى الاول وهذا
فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة الى اخره يعنى لا فى حكم الضمان لان
الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقى الى اخره واضح كتاب
الرهن وجه مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل
المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط
جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور فى الكتاب وسنذكر شيئا فشيئا فاما تفسيره
فما ذكره الرهن لغة حبس الشئ باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن
استيفاؤه منه اى استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن رهان
الخمور وعن الرهن عن الحدود والقصاص واما مشروعيته فقوله فرهان مقبوضة وهو جمع
رهن كعباد فى جمع عبد وبما روى انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعامه
ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول
وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وتقريره
ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا فى الذمة ثم
يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب التى تختص بالذمة وهى
الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التى تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو
المقصود والوجوب وسيلة اليه قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول
ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما
اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب
والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام جواهرزاده
الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن
يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن
من اليد شيئا عليه ولا نعنى بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة
والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك
والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابدا والرهن ليس كذلك قوله والقبض
شرط اللزوم كانه تفسير لقول القدورى ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل
القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة
الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد فى الكافى
لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوى فى مختصره ولا يجوز الرهن الا
مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخى فى مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو
يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك يلزم
الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة

فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر
المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا
او على سفر فعدة من ايام اخر اي فليصم وكما في قوله ومن قتل مومنا خطا فتحرير
رقبة مومنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا
فارهنوا واقبضوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الراهن على
المديون ولا قوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما في
قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في
نفس البيع لان البيع مباح فينصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربوا فكذا هذا
وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن
والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن
لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز او اللزوم وسلم ذلك فقد
ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الاية متروك الظاهر لان ظاهرها
يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك
ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يعضده المجي لانه
جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي
كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح
قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع
لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض
وعن الثالث ان الدليل لالزام مالك حيث لم يجعله شرط اللزوم ولا [illegible] وذلك
لان الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف
لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة
وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف
قد اختاره واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم يكن الصفة مقصوده وقد ذكرنا
انها لان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نسلم ان متروك الظاهر بدليل ليس
بحجة لان النصوص المأولة متروك الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا
الموضع قال ولا يعقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح
وقوله ثم يكتفي به بالتخلية يريد بها رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله
لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتدا لانه لم يكن مضمونا على الراهن
قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفي بالتخلية
كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذا المرهون وفيه نظر
لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولابد

من الضمان في الرهن عند الهلاك فسمي التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول
وعلى هذا رواية الكتب كالمبسوط والمحيط وغيرهما بخلاف الشرا جواب عن قياس وجه
الظاهر بان القبض في الشرا ناقل للضمان من البايع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد
قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البايع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه
اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتدا قوله والاول اي وجه الظاهر اصح لان الرهن
توثقة لجهة الاستيفا وحقيقة الاستيفا تثبت بالتخلية فان على الراهن بين المرتهن
وبينه فكذلك جهته اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به
الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشرا ناقلا
للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتدا فلا يكاد يبين قال فاذا قبضه المرتهن قد
ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص يعتني بشانه وذلك
يقتضي الكمال والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا فيجب ذلك
وقوله محوزا احتراز عن رهن الثمر على روس النخل دونها وقوله مفرغا احتراز
عن عكسه وقوله مميزا عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه
تم العقد وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم
او الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفا لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا
قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه
شي من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلثا
لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير
اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط
الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما
نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به
ذهب حقك من الامساك او من المطالبة برهن اخر لان الاول شاهر فلا فائدة في
الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن
فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاد معرفا وفي ذلك يكون الثاني
عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والاخر كلام النبي صلى الله
عليه وسلم ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من
المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه السلام اذا عمي
الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا
قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكى هذا
التاويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الراهن مضمون

لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة وروي
عن عمر وابن مسعود انهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي
عن علي في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه مضمون بالدين فاختلافهم على
هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بانه امانة خرق للاجماع والمراد
بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له
كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وقال مالك و يفسر ذلك
فيما يروى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن
ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا
الذي نهي عنه فان صاحبه بما فيه بعد الاجل فقوله وقوله له غنمه وعليه غرمه
قال الطحاوي في شرح الاثار هو في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة
وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن
ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن
يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء
هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما
كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسب من المعاصي وقال زهير وفارقتك
برهن لا فكاك له يوم الوداع فاسى الرهن قد غلقا اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع
واحبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا اهلاك وهو كما ترى يدل
على الحبس الدائم فنقل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب
بانه لما دام وتابد بنفي الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي
ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن
عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ
الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضي للعدول عنه ولتكن
هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن
موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه باثبات ملك اليد والحبس
ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن لان قيمة الرهن قد يكون اكثر من الدين
ولكن عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل ليحصل الاكثر او ليمحى عن المطالبة
وهذه ايضا قضية تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فنضم اليها قوله واذا كان كذلك
اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما
يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لا استيفاء احتمال البعض فلو لم
يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربوا بخلاف ما اذا
كان الرهن قائما لانه ينقض هذا الاستيفاء الذي بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء

فان قيل يا جعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء كما يكون باليد والرقبة وقد تحصل بعضه وقد
تقرر بالهلاك لا استيفاء احتمال البعض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء
بالنسبة الى اليد وهو ربوا فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء الاترى ان المبيع اذا هلك
قبل التسليم فانه لا يتقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء اجيب بان النقض انما يتحقق
فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل
فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربوا وهو ان يستوفي رقبته لا يدا اجاب بقوله
ولا وجه الى استيفاء الثاني وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله
والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما بالعين الدين
او لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا
من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن بدل الصرف والمسلم فيه جائز ووجه الجواب
انا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة
او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة
امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض
الرهن لا ينوب عن قبض الشرا اذا اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة
لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية
والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعي رحمه
الله الرهن وثيقة بالدين وبعقد الوثيقة يراد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك
يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا
وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة
فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة
المحيل من ضروراته فلا ينعدم به معنى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية
لا للوازم الضمنية ونوقض بفصل حالي وهو ان المستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر
بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاجر كان المستاجر احق به من سائر الغرما
ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستاجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان
يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستاجرة لاستيفاء المنفعة لا
لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه
به دون الغرما لانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ بقي الاختصاص
في حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل الى اخره واضح قال ولا يصح الرهن الا
بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب
كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت
يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب واما صحته بالدين الموعود فسيجي

الكلام فيه وقوله وبدخراي يسهل على هذا اللفظ الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان
المضمون بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشرا وقيد بقوله بانفسها احتراز
عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني
ان يكون بعين مضمون ولا والثاني غير صحيح كما في الودايع والعواري والمضاربات
والشركات والاول اما ان يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته
ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البايع
فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون مشكل
عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمه واجاب المصنف بقوله
ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين
مخلص والقيمة دين ولهذا تصح الكفالة به اي بالعين المضمون بنفسه وقوله ولين كان
لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك تجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته
يوم القبض للغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجوب سببه جواب على ما
اختاره بعض جرين المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود
فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح
بدين سيجب كما لو قال ما داب لك على فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله
ما داب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قوله دون الرهن يريد به دينا
ما انعقد سبب وجوبه او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني
فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون بوصحا على قول من النحو بحيثرانها
على الاول متفرع ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون
بنفسه بهلاكه فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب
الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا
ولم يحصل واما على الثاني فتفرعه ولكن سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك
العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك
للقيمة ولا سبب الوجوب قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون
بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري
بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منها ومعنى المنكر ثالث
وكلامه واضح وقوله يراد ان الفصل يعني ان الترداد انما يكون من الجانبين وقوله كما في حصة
الاستيفا مثل ما اذا اوفاه الفي درهم في كيس وحصته في الف فانه يصير مستوفيا قدر الدين
والزيادة على قدر الدين امانة وكذا هذا وقوله صرورة امتناع جنس الاصل يد ونهما
لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة ادى الى الشيوع او بعدم انفكاكها عنه وقوله ولا مزية
في حق الضمان لان بقا الرهن مع عدم الضمان ممكن بان يستعار الراهن الرهن من المرتهن

فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجي وقوله والمراد بالمراد فيما روي حال البيع يعني يوفيها
من حد يجي على فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع
المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زايدا يرد الراهن
زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الجنس من ادب القاضي قوله
واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان للاستيفا
الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفا لحقه قلنا بان قبض الدين لا يتوقف قف
على احضار الرهن في زمان ما يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض
الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه قوله لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلزم يعني
المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفا على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر في
مقابلة ضرر متيقن وهو تاخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول وقوله لاطلاق الامر يعني
الى انه لو قيده بالنقد لا يبيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن
بيع بامر الراهن فلم تبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف
احضار الرهن لانه اي الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه
لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتدا لا بطريق انتقال
حكم الرهن الى الثمن الا يرى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شي فصار كانه
رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثنا
من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن
ان يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن لم يملك ووجهه ما ذكر ان ولاية
القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله وكما يكلف احضار الرهن لاستيفا
الكل يكلف لاستيفا نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك
واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني ان باع الرهن وقبض الثمن
فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفا نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل
اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن بيعه الى اخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن هص
على الادا بدون احضار شي بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطا حتى قضي بالقيمة على عاقلته في
ثلث سنين فان الراهن لا يجبر على قضا الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار
كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا يكون القيمة هناك كالثمن ثمه وهي ليست في يد المرتهن
فيجبر الراهن على القضا كما كان ثمه اجاب بقوله وما صارت قيمته بفعله حتى يتعدى اليها الرهنية
فيصير كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما تفاسخا وجعلا الثمن
رهنا ابتدا كما مر فافترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله يكلف لاستيفا
نجم قد حل ووجهه هكذا اي في مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضا الدين حتى يحضر الرهن كل القيمة
دما نحن فيه بخلافه حيث كلفا المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى

متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم بعض شايا قال وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن
بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس الدايم الى ان يقضي
الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد
استرد الراهن ما قضاه لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا اوهل
عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن ولم يرد عليه الرهن
حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفا للمرتهن
بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابرا بمنزلة استيفا
حقيقته بعد الابرا وفي الاستيفا حقيقة بعد الابرا يرد المستوفي فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب
بان الرهن عقد استيفا باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفا يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت
القبض فالقضا بعد الهلاك استيفا بعد استيفا فيجب الرد واما الابرا فليس فيه استيفا
شي ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه الفسخ احتراز
عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي الرهن يبقى مضمونا ما دام القبض
والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا
ابرا عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم
بعدم احدهما فان قيل ينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس
كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بان بقا احتمال الحبس باحتمال استحقاق المودي يوجب
بقا الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقق لا سيما اذا لم يكن ناشئا عن دليل وقوله ولو هلك
في يده يعني اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفا بالدين لبقا الرهن وقوله
وليس للمرتهن معناه انتفا جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن
بنفسه كلامه واضح والعين في العيال للمساكنة لا للنفقة الا ترى ان المراة اذا ارتهنت وسلمت
الرهن الى زوجها لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب
عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي
يامر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك
الرهن بعد ذلك لا شي على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف النفقة دين على الراهن
والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن كجعل
الابق او لرد جزء منه كمداواة الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال
في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه
بالعين يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين
مقدم على المالية فكذا ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا
بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل منها عينا ورد عليه عقد الرهن فان
وضع المسلة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجرا وزرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق في جزء

من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل
الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي ملكه في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باعه
جاز ولو ادى العشر من موضع اخر جاز فبقي الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع
في الرهن لا مقارنا ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان المستحق يملك الغير فلم يصح الرهن فيه
وكذا فيما رواه لانه مشاع وقوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه يعني من اجرة
وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الاخر فان كان
بغير امر القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي
وقد قيل انه بمجرد امر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص
لان امره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شي منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق
حسبة ودينا فيعتبر الاطلاق حق الادنى وقوله وهو فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة
ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما انعقد حجر القاضي على الحر كان فاذا
حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة لو نفذ عليه امر القاضي حال الحضور يصير محجورا عليه وهو لا يراه
بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما
لا يجوز لما ذكر مقدمات مسايل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ
التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال ولا يجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل للقسمة وغيره
فاسد يتعلق به مضمونا وما يخرج منه ليس كذلك بنا على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه
وقال الشافعي هو جايز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ويقطعه قد علم في ضمن
ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات
الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفا على ما ناوله
العقد لما بيناه وتتفقه لجانب الاستيفا وثبوت يد الاستيفا فيما ناوله العقد وهو المشاع غير
متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فيكون اليد ثابتة
على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف دليلا اشار فيه الى الوجهين وهو قوله
وعند المشاع يفعل ما هو الحكم عنده وهو بعينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن بعينه
للبيع والمشاع غير محوز بعينه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد معتبرا
وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدايم لانه لم يشرع الا مقبوضا
بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي
عناه يعني يامن من ذلك ويكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضا الدين لحاجته او لحصره وجل
ذلك اي كل ما مر من قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه
بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما يجحد الرهن والدين جميعا فيفوت
الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض ابتدا وجب بقاء لان ما يتعلق بالمحل فالابتدا
والمقاربة سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفا وهو لا يكون

الا بالقبض والقبض يختص بما عرفته بمقتضى الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن وهو فيه

الشيوع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام على التكرار فانه قال احد بما بني على حكم الرهن واثباته

ان موجب الرهن فلو كان الموجب معتبرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه

اي الى دوام الحبس من تمام الدليل يعني ثبت انه لا بد من الدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس

ولا استحقاق للحبس في المشاع لانه لا بد من المهاياه فكانه يقول رهنتك يوما دون يوم ولا شك في

عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحقيقه ولهذا اي ولان الدوام يفوت

في المشاع يساوي ما يحتمل القسمه وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب

وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على الوجه الاول فلانه لا يتصل حكمه

واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطاري ان يرهن الجميع

ثم يتفاسخا في البعض او اذن الراهن المعدل ان يبيع الرهن كيف شا فباع نصفه وانه يمنع بقا

الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح قال ولا رهن ثمره على رؤس النخيل بغير المرهون

هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته فان الاصل الجامع اتصال المرهون

يمنع جواز الرهن لانتفا القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره قوله وبخلاف المتاع في

الدار يعني اذا رهن دارا مشغوله بامتعة الراهن لم يجز الرهن لانها لما لم تكن تابعه للدار بوجه

لم يدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا نرى انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم يدخل

الامتعه بخلاف ما لو باع النخل بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار فيدخل في الرهن

لاتصالها بها خلقه وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما

ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزءا معينا غير شايع او كان مشاعا فان كان الاول

صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتدا كان بما بقي وهو غير مشاع وكان جايزا وان كان الثاني تبين

ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى لو ادخل فيه من غير ذكر يعني قال المشايخ اذا

رهن دابه عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانات

قد تقدم ذكره وقوله والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مره ان الدرك هو رجوع المشتري

بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك ان يبيع شيا ويسلمه الى المشتري فخاف

المشتري ان يستحقه احد فاخذ من البايع رهنا بالثمن لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن

حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع او لا واما الكفالة بذلك فهي جايزه والفرق

ما ذكره في الكتاب وذكر في فايده ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البايع عند استحقاق

المبيع ضمن البايع دركه او لا انه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض

البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما او لم ينقض وهذا بنا على البيع

اذا استحق لم ينقض البيع بينهما ما لم يرض البايع او يقضي القاضي لان احتمال اقامة البينه على

النتاج او التلقي من جهة المستحق قايم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله

بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يصح لانه وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله

لان الموعود جعل من الدين حصوله الموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شي وصاحب

المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة

عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب

بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده

والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على مال

غيره وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين والمقبوض

بجهة الشي حكم ذلك الشي كالمقبوض على سوم الشرا فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حكم

الرهن حتى يهلك بما سمي من المال مقابلته وعلى المقرض ايفاؤه وعده وهذا اذا ساوى

قيمته ما استقرضه وانما اطلق جريا على ان الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل

قياس هذا بالمقبوض على سوم الشرا غير صحيح لان الواجب فيه القيمه وفيما نحن فيه الموعود

فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من

حيث انه يهلك مضمونا لا امانه واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمه والموعود فباعتبار

ان ضمان الرهن ضمان استيفا الدين حيث جعل الدين موجودا استيفاء بقدره وضمان المقبوض

على سوم الشرا ضمانا مبتدا يجب بالعقد اذ ليس للبايع على المشتري شي قبل البيع فيجعل مضمونا

بالقيمه عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما

قبض رهنا على الدين الموعود قال ويصح الرهن براس مال السلم قال زفر حكم الرهن

الاستيفا وهو واضح وهذا اي لجواز الرهن عن هذه الاشيا ليس باستيفا لعدم المجانسة

فكان استبدالا لا او باب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفا لوجود المجانسة

من حيث الماليه فان الاستيفا في الرهن انما هو من حيث الماليه واما عين الرهن فهو امانه عنده

كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث الماليه جنس واحد

فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في راس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة

من حيث الماليه فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث الماليه في الرهن

لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث الماليه وعلى تعذر تمليك العين لكونه امانه في الاستبدال

لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تمليك العين ايضا وقوله لفوات القبض حقيقه وحكما اما حقيقه

فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك لو كان بعد التفرق وقوله يكون ذلك

رهنا براس المال حتى يحبسه بالرفع للمؤنه حتى يعني الى ما عرف وقوله لانه بدله اي لان راس

المال بدل المسلم فيه وبدل الشي يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك كان رهنا بقيمته

وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان

بالمسلم فيه وقد سقط وراس المال دين اخر واجب بسبب اخر وهو القبض فلا يكون رهنا

به كما لو كان له على اخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابراه المرتهن عن الدنانير

فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم

وقوله فلو هلك الرهن اي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم
فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي
بغير المسلم فيه وهو راس المال وقوله هلك بالطعام يشير الى انه لم يهلك براس المال فعلى المرتهن
وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه وياخذ راس المال لان بقبض الرهن
صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا
طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفي
واسترداد راس المال فكذا ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها
فبهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم
بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو راس المال فوجب التقاص
ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام اجيب بانا لا نسلم ان مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير
مالية الاشيا بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديرها بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير
بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بانه عقد استيفا كان ذلك منهما تقديرا لماليته
بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة
بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيا
قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة
لما سرنا انها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدل له وقوله
وادى ثمنه له ان يحبسه يعني ادى ثمنه اراد فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا
الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفا ثمنه من البايع فان هلك
المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر كلامه
واضح قوله وقيام المانع في المنافي يعني حق الحرية ولهذا لو طرات هذه التصرفات
ابطلته فاذا كانت مقارنة منعته قوله ولا يجوز بالكفالة بالنفس لمعنيين احدهما
ما ذكره في الكتاب ان استيفا المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول
به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شي وهما جاريان في القصاص في النفس
وما دونه واما لو رهن عن بدل الصلح فيها فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف
ما اذا كانت الجناية خطا لان استيفا الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين
ثم رهن به رهنا لم يصح لانها غير مضمون فانه اذا هلك سقط الصلح فكان كالمبيع وقوله
ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول
للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا
لانه لا يقابله شي مضمون الا يرى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا
يامر المستاجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن
لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا يرى ان البايع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور

الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولمصير ورته
مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقبول حر وقد هلك الرهن فانه هلك بالاقل من
قيمته ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية
ووجهه ما ذكرنا انه قبض بمال مضمون ظاهرا وكان كالدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف
خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان
وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفا بدون الدين لا يتصور وقوله وكذا قياسه فيما
تقدم من جنسه يعني ان الرواية عن ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار
والمبايع قالوا القياس ان يكون حكم المسايل الباقية مسئلة العبد والخل والشاة كذلك
وقوله لابنه الصغير احترازا عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين
نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان
هلك الرهن في يد المرتهن هلك بمافيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا
كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع
ولهما الولاية في ذلك وقوله وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على
الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير
يريد بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان يكون له
دين على ابنه الصغير فاخذ منه رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته
وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير اما اذا كان
عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى ولو رهن
من عبده ولا دين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضعين
كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن
من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بنا على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم
يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا اجاز رهنه وان كان الرهن
يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه
من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير
وعبده الموصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سوا
رهنه عند هاولا او عند اجنبي وقوله واذا رهن الاب متاع الصغير يعني سوا كان لنفسه
او للصغير وقوله ومات الاب مدة عاني لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن
دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله ان يرجع في مال والده لانه
مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله لا يشتمل على امرين جائزين يريد به رهن الاب
والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك
ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد

من اجر المركب جاز ان يستعمله لدون العكس وقوله كفعله بنفسه اى كفعل الشيء بنفسه
وقوله والحكم فيه هذا يعنى لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره المرتهن
فهلك فى يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل
صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المرتهن واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن
على الوصى بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصى على اليتيم وقد ضاع العين من مال
اليتيم لانه انما استعار لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعنى قدر الدين ولا يضمنه
لحق الصغير يعنى قدر الزيادة على الدين وقوله باخذه بدينه اى باخذ المرتهن ما ضمنه الوصى
بمقابلة دينه فضله عما قبله للاستيثاق وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس
بمتعد بل هو عامل له قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد عرفنا ان كل ما يمكن الاستيفا
منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان
رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا فى الجودة ولا معتبر بالجودة
لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابى حنيفة وفا لا يضمن القيمة من خلاف جنسه
ويكون رهنا مكانه والى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله
فهو بما فيه يعنى فذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله فى الوجهين يريد به
ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره فى الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعنى
عند ابى حنيفة يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم تملكه يعنى
الراهن يملك الرهن الذى جعل مكان الرهن الاول قوله واستيفا الجيد بالردى جائز
قال فى النهاية هكذا وقع فى النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفا الردى بالجيد جائز
وانما قلنا ان هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به اى فى
بدل الصرف والسلم يؤذن ان الاصح ان يقال واستيفا الردى بالجيد لان التجوز انما يستعمل
فيما اذا اخذ الردى مكان الجيد ولان جواز استيفا الجيد بالردى لا شبهة لاحد فيه
فلا يحتاج الى الاستدلال بشىء اخر والثانى الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة
فيما اذا استوفى المرتهن لغشه فيه ثم علم انه زيف لرداه فكان المرتهن مستوفيا
الردى بمقابلة جيده وارى ان ما فى النسخ حق وبعد ما رومه صاحب النهاية قليلا
وقوله وقد حصل الاستيفا بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفا ولا
ينتقض الا بالرد والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب
وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه معينا لطلبه ما يضره ولا الى المرتهن
لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن
نقضه بعذر التضمين وقوله قيل وهذه فريعة لك انما يتصور جعلها فريعة لك بناء على
ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابى يوسف فى تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا
يتصور لان محمدا فيها مع ابى حنيفة وفى هذه مع ابى يوسف قوله والفرق لمحمد يعنى على تقدير

ان يكون

ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اى رب الدين قبض الزيوف ليستوفى دينه كـ
عينها اى ان يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفا وقد تم بالهلاك والمرتهن
قبض الرهن ليستوفى دينه من محل اخر فكان قابلا لرده بالضمان واخذ مثل حقه فسقط القبض
ووجه البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفا فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفا
وهناك المستوفى اذا تعذر رده بالهلاك سقط حقه ولا يرجع بشىء عند ابى حنيفة لمكان
الجودة فكذا فى الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى ويقام رد المثل مقام رد العين
لمراعاة حقه فى الجودة وكذلك فى الرهن قال شيخ الاسلام فى مبسوطه ولكن جعل هذه
المسئلة مبتداة اولى لانه وجد هنا للمرتهن الرضى بالاستيفا من الرهن عند الهلاك لعلمه ان
بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمه وقوله ولو انكسر الابريق
كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وهنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت
قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان اجبر
عليه فاما ان يكون مع ذهاب شىء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه
الى الاول لانه اى المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد فاذا لم ينقص من الدين
الا فى مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر ودى الى الربوا ولا الى الثانى لما فيه من
الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه
حقه ناقصا اذا لم يسقط شىء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فيخير ناه بين ان يفكه بما فيه
اى بالدين الذى فى المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف
جنسه مصوغا فيكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء فكه ناقصا
وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يجب
لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شىء من الدين ولا ان يفكه مع النقصان يعنى ان يفكه مجانا وهو متعذر
فصار بمنزلة الهلاك فى تعذر الفكاك وفى الحقيقى من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما
هو فى معناه وقلنا الاستيفا عند هلاك الرهن استيفا بالمالية وكل ما هو استيفا عند الهلاك
بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم يقع المقاصة بين الدينين وهو
مشروع وفى جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلى بان يصير الرهن مملوكا
للمرتهن وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة اولى وفى عبارته تسامح والحق فكان التضمين
بالقيمة واجبا او صوابا او الصحيح او ما شاكل ذلك وقوله وفى الوجه الثالث وهو ما اذا كانت
قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته
جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى ان
يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل
وزنه فى حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد لا معتبر للانكسار بالهلاك والهلاك عنده
بالقيمة يعنى فى هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار

وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصياغة فيه
عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس
قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان الطاري
منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر
الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن
للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين وجه قول ابي حنيفة ان العبرة في الاموال
الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن
الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان
وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتقسم الجودة
على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات
ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث
الوزن لان الفرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون
حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفاء
ومع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف
رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف
ان الضمان والامانة يسع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها
عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون
بعشرة لم يسلم للمشتري بعشرة جزء وجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص
لا لكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها
ويضمن خمسة اسداس الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه امانة فالتعيير بالانكسار
فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده
ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة
امانة لان الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل
في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع
النقصان في المضمون وهو الغش بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند
الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويخير الراهن كما ذكرنا
وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن
على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل
نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة مفروضة
بذلك قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه كلامه واضح وقوله لم يبق معنى

الكفالة

الكفالة والرهن بالجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معنا
واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما
يأتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير مليء وليس في ذلك من الوثوق شيء فبقي الاعتبار
لعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب
حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب انه والمشتري سواء ولو قال
امسكه بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله على ان
مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده
الرهن **فصل** وجه الفصل كون الرهن متعددا او لاحقا في باخر التعدد عن
الافراد قوله وصار كالمبيع في يد البائع في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في
البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن
عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيا ذات
له ان يقبض اذا ادى ما سمى ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله الا ترى
توضيح لذلك فانه لما تمكن الراهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن
من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه
رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانه لا يتفرق بتفريق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين
بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة
الاجمال وهذا لان العقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن البيع
من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه
بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالافتكاك ينتهي حكم
الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر
ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن
حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم يقينا فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي
احدهما الفا والاخر الفين ورهنهما بثلاثة الاف احدهما بالالف والاخر بالفين ولم يبين هذا
من ذلك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن
يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل
عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن من فكاك البعض بقضاء
بعض الدين قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض
لكونهما شريكين في الدين او غير ولا لكون الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون
دين احدهما دراهم والاخر دنانير لان الحكم في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين
في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول
ابي يوسف ومحمد فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان

البيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين يوجب
الشيوع فيما يكون العقد منعقدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان يكون مملوكه
لشخصين على الكمال فيجعل شائعة فتقسم عليهما للجواز والرهن غير منعقد للملك وانما منعقد للاحتباس
وجواز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع منه تحريا للجواز ولكون
القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا الجواب لابي حنيفة في جعل ذلك شائعا
مانعا من الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق
الاخر يشير الى ان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع
العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه
انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون
الرهن في يد الاخر من كل وجه من غير ساه عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن
ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق
ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه في نصف مالية الرهن
فان هلك في يد القابض منهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا
وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا هذا عكس المسالة المتقدمة وهي واضحة ومن
بعدها ما اذا كان عبد في يد رجل فادعاه رجل انه رهنه بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك
بينة وادعاه اخر كذلك وهو احد الوجوه فيها وحلها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا
في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق
عقده كما في الشرا وقد تقدم الا ان يقيم الاخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو
يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح
وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسالة الكتاب على ما ذكرنا من
القياس والاستحسان فان محمدا في الاصل بدا بالقياس واخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب
والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثمة ثبت في جميع الرهن حتى اذا
قضى دين احدهما فهو رهن كله عند الاخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت
حق صاحبه في الحبس معه وهنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف الى هذا
في الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الى اخره وباقي كلامه
واضح

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى
نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل
والمراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا بيعه الرهن عند
حلول الاجل وهو وكيل الراهن بيعه لكن خالف المفرد في مسايل ذكرها في النهاية عن شيخ
الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل كلامه واضح وقوله
ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع

ابن ابي

الرواية

ابن ابي ليلى بدل مالك وكانه شك في هذه المسالة عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر
في اول هذا الكتاب فاذا ثبت ذلك عنه كان عنه روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل
عليه اي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن ل
العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم يكن في يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا
ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه
وقوله ولنا ظاهر وقوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما
عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما
يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب
والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سوال ساقط
لان الخصم ليس بقايل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا
حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امره به وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا
لاقى حقا مستحقا للامر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه
واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد عدل ولا يعتبر ذلك لانهما
لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث
امره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الراهن وتمكنه من المنع لا يدل على ابقا حقه
لانه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا
وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكره وقوله ولو
تعذر اجتماعهما رفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض
الشروح يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو الظهر ولو فعل ذلك
اي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع
الى الراهن فالقيمة سالمة له اي للعدل لانه وصل ذي حق حقه لما وصل الراهن الى الرهن والمرتهن تتن
الى الدين فلو اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل
الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع
الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده اخذه اذا ادى الدين فكذا
ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن
ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان
استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه
فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال
هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته اما استهلكه المرتهن
او هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان قال واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح
وقوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضى المرتهن وقوله الاتري انه اي ان عقد

الوكالة لزيادة الوثيقة وتلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة لازم باصله
فكذا وصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي لان عقد
الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفا والوكالة
واوصافه التي هي اللزوم وحجر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير
كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان
الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله
والارث يجري فيما له اي لا فيما عليه الا ترى ان الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت
قضاوه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله اجبر على بيعه يعني يحبس اياما حتى يبيعه فان
لج بعد ما حبسه اياما ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما
على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع فيباع على ما له المديون
وقال اخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين احدهما انه وصف
من اوصافه والاخر ان فيه ابطال حقه وقوله قيل لا عبرة باعتبار الوجه الاول ذكر في المبسوط انه
ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما اذا كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك
واحد اي يجبر فيهما وموضع الطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيه اذا ابى الوكيل
يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لم يكن ولذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله
فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا واذا توى كان مال المرتهن
نقص مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله وغرم القاتل قيمته
يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه لان هذا الضمان من
حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق
وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن
غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى الفاظ وضماير
نوضحها زيادة ايضاح فقوله وصح الاقتضا اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله
وان ضمن البايع اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشي وقوله فاذا تبين
انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله فله اي فللعدل
وقوله بطل الاقتضا اي بطل قبض المرتهن وقوله وانما اداه اي انما ادى المشتري الثمن الى
العدل ليسلم المشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض
سلم له اي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء على المرتهن اي وان شاء العدل
رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه
على الراهن وقوله لا يرجع على المقتضي اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع
لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا يويد قول من لا يرى حجر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل
الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة

التي

109

التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة
على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله يتعدى في حقه بالتسليم او
القبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله
فلانه انتقض مقتضاه اي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا
وقوله طعن اي جازم يعني هذا السوال طعن به ابو خازم بالخا المعجمة على محمد بن الحسن وابو
خازم هو عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والغرور بالتسليم كما ذكرناه يعني قوله
لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الى الراهن
كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيل من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك
من الوكيل الى الموكل والملك يحصل بذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد الرهن
اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فيبين انه رهن غير ملكه واما بالانتقال
فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا اضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على
الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا
ه فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن
غير ملكه ولا يشكل اذا استحق راس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب
المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور
والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكذلك متاخر عن العقد لان المضاربة ور
عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتدا وقد تقدم فصار كانه انشا العقد
بعد الرجوع فتعلقت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتدا وقوله
بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا اضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض
السابق على الرهن فيستند الملك اليه ويتبين انه رهن ملك نفسه وقوله وقد طول
الكلام فيه في كفاية المنتهى قيل مراده مسلة المضاربة والفرق بينها وبين مسلة الرهن
وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المر
على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لتقرر الضمان عليه ولا يكون نقص
رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم
الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن

والجناية عليه وجنايته على غيره التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما
يكون بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا فاخر وضعا قال واذا باع الراهن الرهن
اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سوا علم بالبيع ولم ياذن او لم يعلم به فقد اختلف
عبارة محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جايز والصحيح انه جايز
موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسخه اذا اخوصم اليه فيه وطلب
المشتري التسليم وقوله جايز محمول على ما اذا اجازه وسلمه وذلك لان من تصرف في مال

له تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجازه المرتهن نفذ العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فانه اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه انما شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن يملك الثمن بعقود البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرطه وان منعه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اي الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه الراهن يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجز المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع الوقوف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني كالاول ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن الا ترى انه قد رهن ليباع فانما اجازه المرتهن وسلمه اليه بعد واخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم يصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من يتعلق حقه بشيء ويبدل باجازته الى عين فان كان البدل عما يتعلق به حقه يتعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان له حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح بعينه واذا اجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه بدل لكن ليس عما يتعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له فيها حظ لم يصح بعينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرتهن نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي رحمه الله اقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او الآبق او المغصوب فانها شاركت المرهون في فوات اليد وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي محققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضافا الى محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب للملك قبل الرهن واما انتفاء المانع فلان عقد الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا

110

او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فبقي العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في اليد تبعا عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة اجاب بقوله وانما لا ينفذ ومعناه ان حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لانعدامه قدرة العاقد على التسليم المشترط لصحة العقدين وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث جواب عما يتمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى الاول يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله الا انه اذا كان بخلاف جنسه يعني اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضي به دينه بل يبدله بجنس حقه ويقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على العبد وقوله بذلك يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله وعندهما التحليل يعني وان اعتق عندهما الكل في عتقه بعضان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله الا ترى انه عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن يطلب حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان بالهلاك من حيث المالية وباقي كلامه واضح قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه حق المرتهن وقوله واذا صحا التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده فلان المدبر لا يخرج منه لقوله حكم الرهن كما مر انفا وكلامه واضح وقوله ولذلك لو استهلك يعني الاجنبي وقيد بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله كما لو هلكت بافة سماوية يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن يعني لذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيء واجيب بان العين قد تغيرت وكانت ثمانية لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه قبل الهلاك فات تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من الدين عند القبض بخلاف ما اذا لم يتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها حالها غير متفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقص عن الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله واذا اعار المرتهن الراهن فقبضه لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فلا يملك تمليكها غيره ولكن للمعير بتخليله الاعارة من عدم الضمان ويمكن استرداد المعير اطلق الاعارة وقوله لمنافاة

من يد العارية ويد المرتهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية امانة اذا كان بيد الراهن
بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان امانة وبيد اداك يد عارية في
ذلك الجمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لفوات القبض
الموجب له وهو محسوس لا يرد والجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن
وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لما فاته من يد العارية
ويد الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرنا من اعارة احدهما باذن الاخر احسنا بخلاف الاجارة
والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة
والبيع والهبة فالعارية يوجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن
اذا هلك حالة الاستعمال او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية
والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة
ما لو اعار منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبيا
بمباشرة احدهما العقد باذن الاخر بطل الرهن والاجر للمرتهن ولانه القبض للعاقد
ولا يعود رهنا الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن
او من اجنبي بمباشرة احدهما باذن الاخر واما من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة
العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال ومن استعار
من غيره ثوبا او من استعار ثوبا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان
الاول فما رهنه المستعير من قليل وكثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من
المعير باثبات ملك اليد معتبرا باثبات ملك العين واليد جميعا بان استاذن ان يقضي دينا
عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه
فالجواب ان الانفصال غير مانع لعدم استلزام احدهما الاخر فانه يجوز ان ينفصل ملك
اليد عن ملك العين سوى ان الصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوال الاكالبائع بشرط
الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون
العين قوله لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم
فما يضاهي المفسد للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا واطلق وان كان الثاني سواء كان التقييد
بالقدر كان التقييد بالقدر ينفي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس
بما يتيسر اداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر وينفي النقصان
لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرجع عليه بمثل
ما تم الاستيفاء بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله ووجب
مثله اي مثل ما تم الاستيفاء بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت
اكثر لان الزيادة على مقدار الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير
المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولذلك قوله

لما بينا اشارة اليه وقوله افتكه جبرا على الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل
معناه ولعله من الجبران يعني جبرا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على
الراهن بما ادى قال في النهاية ليس يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى
اذا كان اداه بقدر القيمة لا بما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين
فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير
اكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين
وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في
كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك
قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان
فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه
الثوب بدينه ثم ادعى ما يسقطه وهو الفكاك فلا بد من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب
اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يعترف بذلك وقوله ولو
اختلفا هكذا في نسخة قرأت على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية
وعند من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لانه في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول
القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله في اختار اصله يريد
عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين يعني ان المرتهن استرد قيمة الراهن
من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب
عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه واضح وقوله
في اخر واما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر يعني بتسليم الرهن الى المرتهن يعني في
حق المستعير في الرهن يعني المودع لكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ عن
الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن اما بعد فكاكه فليس مقصود الامر
فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان تم الرد الى نائب المعير
وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ
بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه كذلك
وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو
ان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ودلت عليه هذه المسئلة قال وجناية الرهن
على الراهن مضمونة معناه واضح وعني باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده وبالمحترم
هو ان يكون غير ممنوع عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال
يعني ان يكون الجناية في النفس او ما دونها خطأ اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع
وقوله اما الوفاقية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن
هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على

مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر ولهذا لو جنى على عبد وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه
لو وجب عليه شي لكان واجبا له عليه وذلك باطل وينتقض بالمغصوب اذا جنى على مالك المغصوب
منه فانها توجب الضمان واجاب المصنف بما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص
فان المستحق به ادمية والمولى اجنبي عليه لو صحة ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص
غير صحيح وبالموجبة المال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت
على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت
على اجنبي اخر فان قيل مالية محبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيصير كان يسقط حقه في الدين فان اعاده رهنا وجعله
بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان
لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله قد فعلناه دفعا للتناقض
لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ويخلصه المشاكلة فانه وان كان فاعلا لكن لحفظ الدافع
لو فوعه في صحته او العلف سماه دافعا وبناه وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن
كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفدا كالراهن فكان كلام الدافع
او الفدا له وعليه في حق شي واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله وان كانت القيمة اكثر من
الدين بان كانت العين والدين الفا والف شاء المرتهن يقال للراهن اما ان تدفع نصف دينه
او شاع عليك العبد فان امتنع عن الفضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة الدافع فان
بقي شي من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل
الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان نحى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه
ظاهر الرواية ووجه غير ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون
الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك
بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا
بالف فنقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين
ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الى الراهن وقوله
حتى لا يزداد على دية الحر سبعة قوله كان تنفا لا الا ... له لان المولى يستحقه دليل قوله
لا بدل المالية في حق المستحق وقوله او يقول دليل ... لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا الالف
الدين للمالية التي عدمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا
المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان هذه
المسائل ههنا ثلث تراجع قيمة الراهن من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته
مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به واقوال العلما فيها ايضا
ثلثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بجميع
الدين لا خيار وقول محمد في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يأخذ الرهن بجميع الدين

كالاولى



كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما تذكره وقوله فهذا حكم الصورة الاولى والثانية
واعني ان الراهن يفتكهما بالمائة وتسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الاولى فان حكمها ان التسعمائة
ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال
مذكورة في الكتاب وقوله لجامع مما يعني صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول
في الادمية والشرع اعتبر جزاء من حيث الادمية دون المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق
الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الى اخره وقوله
كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يخير
بين ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه مفسوخ يعني بقوله عليه
السلام لا يغلق الرهن ثلثا وقوله ولو كان العبد يراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل في بعض
الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة
فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان
يقول بعد ذلك بعينه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا
تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وسؤال لازم عليه ايضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية
الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة
في صورة التراجع ولا تكرار ثم واذا قتل العبد المرهون قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة
والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسياتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله
لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وقد اداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى
الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا
في ادا المال لانه يسعى في تخليص ملكه لغير المرتهن وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف
على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو
جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرما على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه
على حق المولى اي لتقدم دين العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما
على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام الولي في المالية وولي الجناية
في ملك العين وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان شاء بان اختار الراهن
الفدا والمرتهن القطع او بالعكس فالمعتبر هو الفدا لما ذكر جانب المرتهن اذا اختار الفدا ثم ذكر جانب الراهن
اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن وقوله لان سقوط الدين امر لازم فدا او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب بلا
بد له من احدهما واياهما كان يسقط الدين فلم يجعل الراهن في الفدا متطوعا وان كان غائبا ذكر في الاسرار
ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة وما بعده هو الموعود ببيان القولين وما بعده واضح
الى اخره فصل هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم
صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره والا معتبر بنقصان القيمة
لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شي من الدين عندهم

وانما يخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند ابي يوسف
وابي حنيفة واما عند محمد بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله تساوي عشرة
وقع اتفاقا وقوله لانه مما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محلية بمحلية والخمر لا يصلح محلا
للبيع ابتداء او بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن ولقائل ان يقول لما يرجع
الى المحل لا ابتداء او بقاء سواء انما بالرهن اختلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون
المحل باقيا وهاهنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يختلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا
تخمر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او يكون الراهن وحده مسلما او بالعكس فان كانا كافرين
فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك والا فيلوح اطلاق المصنف حيث قال
ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهو للمرتهن ان يخلله او لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن
مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة
بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك للمسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة
اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر وهي محل بالنسبة اليه اولى واما اذا كان الراهن كافرا فله ان ياخذ الرهن والدين
على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها
يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له ويقع المقاصة ان كان
دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن
بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن
بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة
وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية
كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية
قال ونماء الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت
صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار مما يكون تنافي
جملة الام ولا ينفرد من عليه بابطال حكمه كونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما قيدنا
بذلك ليلا يرد كفالة الحر فانها ما تسري الى الاولاد والزكوة بعد كمال الحول كذلك فانهما
ليستا في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات وليلا يرد ولد الجارية فان من عليه ينفرد بالابطال
باختيار الفدا وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها للاحكام لا الاوصاف ليلا يرد ولد المغصوبة والمستاجرة والمنكوحة
والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب
فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن
والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فان في الاصل
وصفان لازمان الملك وكونه رهنا فيسريان الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع
لا قسط لها وان هلك الاصل وبقي الثمار افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به اذ لو هلك قبله هلك

مجانا

مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كالولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا
بالقبض والزيادة هاهنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما اصاب الاصل سقط من الدين
بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به وقوله وصورة المسائل على هذا الاصل
يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك تخرج وفي ذلك كثرة وتطويل فاعرض عنها
وتابعناه في ذلك وقوله فيصح تعليقهما بان القصاص ثابت لكنه سقط بشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت
الى النقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي ووجهه وهو واضح وقوله وهي ان العصمة بالدين يعني عنده
او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص بينهما فان قال جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة
وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر يمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله
وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك
وقوله والنص تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا
العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس روى ان قبيلتين
من العرب يدعي احديهما فضلا على الاخرى فتقاتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم
بالعبد منا فانزل الله هذه الاية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف
يعتمد المساواة في الجزء المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في اجزاء الجسم علا
النفوس فان القصاص فيها يعتمد ها في القيمة وقد تساويا فيها على ما مر قال ويقتل المسلم بالذمي فيه سوا اختلف العلما
في ثبوت القصاص للمسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي
استدل الاولون بما روي ابو جحيفة قال سالت عليا هل عندكم من رسول الله سوى القران قال لا والذي فلق الحبة وبرا
النسمة الا ان يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة قال وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم
بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيدنا
بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه
بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة
اي فتنة الكفر فتورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابرهيم
ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالته على المطلوب [illegible]
ورد بان مداره على ابن البيلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن البيلماني
حديثه منكر وروي عنه ربيعة ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو
مرسل منكر وقال الدارقطني ابن البيلماني لا تقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل
والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من ائمة الحديث غير مقبول وقد
عرف في الاصول ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني

عنده او الدار يعني عندنا فيثبت وقوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره
انا لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى
قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة اي مثل الذمي بالذمي دليل
على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة
اذا قتله مسلم قلنا فيكون بقتل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله والمراد بما روي جواب عما
استدلوا به من حديث علي وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الاثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان
مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده والى اشار المصنف بقوله لسياقه
ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغاير فيكون كلاما تاما في نفسه وليس
كذلك لادائه الى ان ولا يقتل ذو عهد في عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد
في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى امن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا
يقتل ذو عهد هو الحربي بالاجماع فصار بكافر حربي واذا لا من لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل
فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين احدهما المسلم دخل
دارهم بامان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من اهل
الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الادلة لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر
على ما ذكرنا وقوله ولا نقتل يعني المسلم بالمستامن لانه غير محقون الدم على التابيد كما تقدم في اول
الباب ولان كفره باعث عن الحرب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان كالحربي فلا نقتل الذمي
بالمستامن لما بينا انه ليس محقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم
ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المفهوم منه في مثل لما روينا ولانا قد زدنا لك بكافر حربي الا اذا
ارتد هناك الحربي اعم من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق وتعينا عن السوال عن كيفية قتل المسلم
الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمذكور وانما هو نبا وبيان فلم
يقل لما روينا وقوله للعمومات يعني الايات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها
وقوله ولان في اعتبار التفاوت الى اخره يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي قال ولا يقتل الرجل
بابنه لا تقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول
بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معدل ظهر اثره في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجده
في صفة الاعدا مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى
الام والجدات كذلك فانهم اسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم وقوله والقصاص يستحقه
المقتول جواب عما يقال الوارث يتحول افناه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال فمن المحال ان
يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السوال والجواب وقال مالك ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة
الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف او سكين فان فيه توهم التاديب لان شفقة
الابوة يمنعه عن ذلك فيمكن فيه نوع شبهة قال المصنف وهو باطلاقه حجة على مالك وطولب بالفرق
بين هذا وبين من زنى ببنته وهو محصن فانه يرجم واجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص

خلاف

خلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله عليه السلام
انت ومالك لابيك صار شبهة في الحد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه
وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في ويستوجب وجاز ذلك بلا تاكيد بمنفصل
لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على ابنه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله ومن ورث
قصاصا على ابيه يعني مثل ان يقتل الرجل ام ابنه مثلا وقوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف
يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا
مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تحز رقبته
وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصبي فقتله تقتل بالسيف لان مبنى القصاص على
المساواة وذلك فيما ذكرناه لان فيه مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود به ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفا القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل
يحتمل ان يكون المراد لا قود الا بالسيف اجيب بان القود اسم بفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب
عليه شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهذا المختار صاحب الاسرار وفخر الاسلام
قدرم بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل
وقد قررناه في التقرير وقوله ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى
القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل
المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجرح بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفاء القصاص
فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه
واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك النقص اولى قال واذا قتل
المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء او لم يترك فان
كان الاول فلا يخلو اما ان يكون له وارث غير المولى او لا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكانه حال حوم الدرء
بالشبهات ولهما ان حق الاستيفا للمولى يتعين على الاحوال وهو في الحقيقة نوع اعتبار مثل هذه الشبهة لا ينحط
عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صار السبب واحدا بحكم واحد واما اذا رجعا
الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان يكون معتبرا
وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا الوجوده لاشتباه على ما ذكر لان الصحابة اختلفوا في موته على العبد
الحرية والرق فانه على قول علي وابن مسعود يموت حرا اذا ادت كتابته فيكون الاستيفا للورثة وعلى قول زيد بن
ثابت يموت عبدا فيكون استيفا القصاص للمولى بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان كان الثاني
وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فهو اوضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له وارث لعدم الفايدة
في ذكره لان حكمه المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى
لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله واذا اعتق ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو ولي المقتول الاستيفا لانه
من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اي الى النفس وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كلا من

مكن الانكاح ملك استيفا القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب
شفقة كاملة يعد ضرب الولد ضرب نفسه فيحصل ما يحصل من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله
اي لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه وقوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المعتوه وهذا
اي الاستيفا من قبيل ما يندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك وقوله
ان الولي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما على دونها فيملكه وقوله وانما المال يجب بعقده اي بعقد الوصي
قال ومن قتل وله اوليا صغار وكبار اذا كان في اوليا القتيل صغار وكبار فاما ان يكون فيهم الاب
او لا فان كان فله الاستيفا عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ليس له ذلك
حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب
من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فان الغائب موهوم فلا يستيفا لتمكن مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير
مايوس حال الاستيفا فانتفى الشبهة فاذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة
ثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما
كما لو تعدد القتيل وعفا احد الاوليا فان لغيره ولاية استيفا قصاص قتيله لا محالة واجيب بان الحق واحد
فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا
تعدد القتيل فان الحق ثمه متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره وقوله ومسئلة الموليين
ممنوعة جواب عن قوله او كان بين الموليين وتحقيقه ما ذكر في الاسرار لابي زيد في عبد اعتقه رجلان
ثم قتل او قتل وله موليان فيجوز ان يقال لا نسلم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفا ولين سلمنا فاحد الموليين انما لم
ينفرد بالاستيفا لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولا ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد
والواحد منهما كنصف رجل وسطر على هذا وقوله ومن ضرب رجلا بمر الى المحر واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكما بينا
اشارة الى قوله يفعل به كما يفعل ان كان فعلا مشروعا وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال
الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله ولا امر في العصمة اي لا شك فيها وقوله ومنه المقصد
للحكمي الحكم الذي يجري بدونهما حاصلان وقوله وما رواه غير مرفوع لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه
قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا احدا بعذاب الله او هو محمول على السياسة وقد رمت اي اشارت اليه اي الى كونه محمولا
على السياسة اضافته الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل غرق وقوله واختلافهما لا يمنع مرفوع على الابتدا وقوله
في الكفارة جزم يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى
الطحاوي انه فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون
على التابيد عمدا وعدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهة وقوله واذا التقى الصفان ظاهر وقوله احد نوعي الخطا
به الخطا في القصد وقوله وكذا الدية منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما يطابق به النص يريد قوله تعالى
ومن قتل مؤمنا خطا الاية وقوله ولما اختلف سيوف المسلمين اي توالت او كان سيوف المسلمين توالت على اليمان
او حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية
فوهبها لهم حذيفة وقوله ومن شج نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في

حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله يغسل ويصلى عليه اثر كون فعله غير معتبر ولانه لما كان يغسل ويصلى عليه
صار كانه مات حتف انفه بمرض من غير فعله على نفسه وقوله ولا يصلى عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصار
كالباغي وقوله فلم يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الاخرة والباقي واضح فصل
لما فرغ من بيان المسائل التي يوجب القصاص الحقيقي فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص
وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطل دمه اي اهدره وقوله والمعنى اي معنى الوجوب دفع
الضرر لان الواجب هو دفع الشر على اي وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة لما ذكر من الحديث
والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صال الصبي على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية
والقيمة وقوله واشبه المكره يعود على المكره فيقتله وقوله قاتل دون ماله اي لاجل ماله وقوله فكذا استردادا
في الانتهاء لانه اسهل من الابتدا باب القصاص فيما دون النفس لما فرغ من بيان
القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد
وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا تزد الشجة الموضحة اذا احدث ما بين قرني المشجوج ولم ياخذه
من الشاج لكبر راسه فان الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين اخذه راس الموضحة لان المعتبر
في ذلك ا وبالاقتصاص بمقدارها ينتقل شين الشاج وياخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة
الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شا استوفاه معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة وان شا اخذ ارشها
وقوله على ما قال في الكتاب يعني المغدوري وما هو ماثور عن الصحابة وبيانه ان هذا حدث في زمان عثمان رضي الله عنه فسال عنه
الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جا علي رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان وكان بمحضر من الصحابة وقوله لما تلونا
اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص
في عظم الا السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فان كان السن عظما فالاستثنا متصل ولا بد من
فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر
المماثلة فربما يفسد به لهاته كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم
حيث لم يستثن السن فالاستثنا منقطع وقد اختلف الاطبا في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث
وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن
وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد
او خطا فيحمل على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس
وامكن القصاص جعل عمدا وكان الربيع عمة انس بن مالك كسرت ثنية جارية من الانصار
باللطمة فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا كانت على النفس لا توجب القود
وان لم يمكن القصاص جعل خطا ووجب الارش وقوله ولا قصاص بين الرجل والمراة ظاهر
وقوله الا في الحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص فيه عندنا ايضا والشافعي
الحق بقول ابن ابي ليلى وسلكا في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس
لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف
لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت

بالقيمة وهي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا
ولا يبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت
معلوما قطعا امكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام
في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين اجيب بان التساوي انما يكون
بالحزر والظن والمماثلة المشروعة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل
سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه لا يمنع الاستيفا لكن المعقول منه منع استيفا الاكمل بالانقص دون العكس
فان الشلا تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المراة بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف تسلك بها مسلك
الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه
فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما سلك بها مسلك الاموال
ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم
ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جايز دون البدل بالاطراف
والباقي ظاهر قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد كلامه واضح وقوله لان حقه متعين في القصاص لانه
لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي انما الواجب احد الشيين
اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما لفوات محله تعين الاخر وقوله ومن شج رجلا فقد قررناه في الفرق
بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع اكثر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله وفي عكسه يخير ايضا وهو ان يكون
راس المشجوج اكثر من راس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان زايدا في الشين من الاول وان
اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص واخذ الارش والباقي الى اخره واضح

فصل لما ان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة اذا اصطلح القاتل
واوليا المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا زايدا
على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية على ما قيل انها نزلت
في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام
فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه البدل اي فمن اعطي من جهة اخيه المقتول
شيا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فمن اعطى وهو ولي القتيل المطالبة
بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان اكثر المفسرين
على انها في عفو بعض الاوليا ويدل عليه قوله شيء من القصاص بان للقتيل
اوليا فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية فانه يراد به البعض
وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء
من القصاص بان للقتيل اوليا فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين
مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن
عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير
العافي بطلب حصته بقدر حقه وليود القاتل اليه حقه وافيا من غير

نقص

نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاوا اقادوا وان شاوا
اخذوا الدية قال المصنف والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه يعني ان ليس للولي العدول
الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح عنه والباقي ظاهر وقوله نص مقيد بحكم المال وقوله كالخلع وغيره يعني
كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على
انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل في المبسوط والايضاح والاسرار
ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة وان الشافعي يقول المسلم يستوفي القصاص
ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكر في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص
والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو مواخذة ضعيفة
لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله لما ان الوراثة
خلافة يستلزم عدم توريث احد الزوجين من الاخر شيا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الوراثة
فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية
انما يجب بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل اما الاول فحديث امراة اشيم الضبابي
بكسر الضاد المعجمة كما ذكر في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كساير الاموال بالاتفاق
فيجب ان يكون حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم تثبت للورثة ولا يمنع للميت الا بان يسند
الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كساير الاموال في ثبوتها قبل الموت الا ترى انه اذا اوصى بثلث
ماله دخلت ديته فيها ويقضي منه ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من احرز الميراث وكفى به قدوة
واذا ثبت ذلك فكل منهم متمكن من الاستيفا والعفو والباقي واضح وقوله لان الواجب نصف الدية قلنا
الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله موجل الى ثلث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجل الى ثلث
سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله والواجب في العمد جواب اعتبار وهو واضح قال واذا
قتل جماعة واحدا اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفا المساواة لكنه ترك بما روي
ان سبعة من اهل صنعا قتلوا رجلا فقضى عمر بالقصاص عليهم وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم والتمالو التعاون
وصنعا اليمن قصبتها وروي عن علي انه قتل ثلثة بواحد وعن ابن عباس انه قتل جماعة بواحد وكانت
الصحابة متوافرين ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق
لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب الزجر فيجب
القصاص تحقيقا لحكمة الاحيا فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويقتل لعلمه بان لا قصاص
فيودي الى سد باب القصاص وللقايل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لم يكن
معتبرا في الشرع وان كان فلا بد وان يلي القياس المقتضي لعدمه المويد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب
انه قياس على ساير ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويدل على ذلك
بقوله من يد الباطن ويلو احياء حكمة الاحيا وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح
الغير المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسألة بالعكس وحضر اوليا المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب
وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة وجهل الاول

قبل لهم وقسمت الديات بينهم وقوله وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا الا انه
عرف بالشرع يريد به قضية عمر رضي الله عنه ولنا ان كل واحد منهم اي من اولياء القتيل قاتل قصاصا بوصف
الكمال لانه لا يتجزى اصله الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز
ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما يكون من الجانبين وقوله
ولانه وجد من كل واحد منهم جرح يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد
عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا
او كملا والاول باطل بعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا احلف جماعة كل منهم ان لا يقتلوا فلانا فاجتمعوا
على قتله حنثوا ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله صلى الله عليه وسلم الادمي بنيان الرب ملعون
من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحيا وتحقيق الاحيا قد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفي به ولا شي
لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر وقال واذا قطع رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في
الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وقال الشافعي ان وضع احدهما
السكين من جانب والاخر من جانب اخر وامراه حتى انقطعت قطعت ايديهما اعتبارا بالانفس اما لكونها تابعة
لها واما انه يجمع بينهما الجامع الزجر ولنا ان كل منهما قاطع بعض اليد سوا كان المحل متحدا او مختلفا لانه يعلم
ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل اليد قصاصا لانتفا المماثلة
وهذا لان المحل متجزء فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن ان يجعل كل واحد فاعلا كاملا بخلاف
النفس فان الازهاق لا يتجزى وقد مر والباقي ظاهر وقوله وان قطع واحد يميني رجلين قيد بذلك لانه
لو قطع يمين احدهما ويسار الاخر قطعت يداه لانتفا التماثل حينئذ لانه مما فوت على كل واحد منهما
جنس المنفعة وبما قوناه عليه لان المعنى في حق كل واحد مما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس
المنفعة ولا زيادة على حقه وقوله والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر
جواب عن قول الشافعي البدا استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل يثبت ضرورة الاستيفا
فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحرمته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لان الحق فيه لكونه مملوكا وقوله ولتردد حق الاخر يعني ان حق الحاضر ثابت في الكل
ومزاحمة الاخر في الاستيفا موهومة عسى ان يعفوا ولا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد
الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضي بالجميع له كذلك وقوله لانه اوفى به حقا مستحقا يعني انه قضى
بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضي للاخر بالارش وقوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعمد
لانه لو اقر بالخطا لا يجوز سوا كان ماذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما الماذون فلانه ليس من التجارة
وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى
على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار لو وقوعه بالايقاع واذا اقر بسبب
يوجب الحد يؤخذ به وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر فصل فان الرمي اذا اصاب حيوانا وخرق
جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسر سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة
الى محل عمدا وبالنسبة الى اخر خطا وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحل

ولا نزاع وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه
ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة
بالنسبة الى حركة وبالبطو بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصد
بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل ان يقول الخطا يستلزم
اباحته لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا مرددا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب
ان الخطا ظاهر تحقق الجناية في انسان بخلاف ظن الجاني كمن رمى الى شي يظنه صيدا فاذا هو انسان
او القصد مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكذا الذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف
لها كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل
فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون
قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبة غيره فحزها او رمى الى شخص فاصاب غيره
فمات كان ذلك خطا لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه

فصل

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطا ثم
قتله عمدا القطع والقتل اذا حصلا في شخص واحد كان على وجوه ان يكونا خطاين او عمدين او
يكون القطع خطا والقتل عمدا او بالعكس فذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منها اما ان
يكون قبل البرء او بعده فذلك ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة
عشر وجها فان كانا من شخصين يفعل كل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ الارش مطلقا
لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فاتحاد موجب الفعلين او اهدار
احدهما مبني على اصل ذكره المصنف بقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفا بموجب احدهما واجب
ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة
وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا ان
لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل البرء فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه
فان تخلل البرء فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتدا فلا بد من اعتبار
كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما مر في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطا
جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفا المانع وهو تخلل البرء والاختلاف والنفي بدية واحدة وان تجانسا
عمدا فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل ولا يقتل
ولا يقطع فان شا الامام قال قطعوه قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام
عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شا الامام معناه ثبت
لهم ان لهم الخيار فالجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقالا الجمع متعذر
اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون
القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لان القطع اذا كان على الجزء اما لان الحز يقطع اضافة
السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية

اليه صار لتخلل البرء لا يجمع بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كان خطائين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد دليل اخر على جواز الجمع اذا كانا خطائين وتقريره ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل وقصاص اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطأ فمبناه على التخفيف الا ترى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وبقي موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في اخر فصل الشجاج وعن محمد انها تجب اجرة الطبيب وان ضرب بمائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب لها حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ ولم يبق موجود وهذا يشير الى انه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبل فصل الجنين قوله ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه اما القطع او القتل اذا اقتصر او سرى وكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن بما يحدث منه حتى اذا قال لغيره اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الساري والمقتصر فكذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله لانه عفى عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فيما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للعقود فيجب الدية وقوله ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك فالجواب ان المراد صفة متنوعة وهي ليست كذلك بل هي مجرد عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل

فعل

فعل مزهق للروح ولما اتصل الزهوق به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا جواب عن قوله او القتل او سرى يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية وكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهي العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وفاقا وهو ايضا في موضعين احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة يكون عفوا عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن ارش الشجة لا غير اذ لا اعلم بذلك الاطلاق اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على انه في العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة واجيب بان الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقديره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله كالموصي بعمارة ارضه يعني اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني ان الوصية بعارية ارضه باطلة وان صحت فحكمها التهايؤ بسكنى الموصى له يوما والورثة يوما ان لم تقبل القسمة وان قبلتها تقرر الثلث للموصى له والثالث ان المنافع اموال فكيف صارت نظير ما ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولائه حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته وقد قررناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبول القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبرنا عنه انفا والوصية نوع خاص فيجوز ان يستعار لمطلقه وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا يصح في حصته واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال واذا قطعت المراة يد رجل اذا قطعت امراة يد رجل فتزوجها على يده فاما ان يقتصر او يسري فان كان الاول صحت التسمية وبقي الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار

بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطا او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على
العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم
يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها
من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس
بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح
على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق
بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفا فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية
الاستيفا ولا يمكن استيفا القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش
خمسماية دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة
الاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا بد له من مهر ايجب مهر المثل وعليها الدية في مالها
فان قيل قبول التزوج يتضمن العفو والعفو لا يتبعض فلا يجب عليها الدية اشارة الى الجواب بقوله
لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سرى
تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب
القصاص على ما بيناه يريد به قوله لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما هو الموجب
للعمد واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا وان لم يتساويا ترادا من عليه الفضل على من
له ذلك واذا كان القتل خطا كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شي فيها ولا تقاص لان الدية على العاقلة في
الخطا والمهر لها فاختلف من له ومن عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على اليد
وما يحدث منها ظاهر وقوله ولا شي عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر
المثل وقوله ولهم اي للعاقلة ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل من تمام الدية يكون وصية وقوله فاتفق
جوابهما في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطا وفي التزوج على اليد وما يحدث منها وعلى
الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلثة قال ومن قطعت يده فاقتص
له من اليد كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شي عليه على ما سيجي وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة ودليلها واما دليل
دليل ابي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في
الاصل ظاهر الا انه قبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع
الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع
غير القتل لما ضمنا لكون القطع غير القتل لا ارتياب فيه لاحد وليس اصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على انهما اوجبا
له قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فضمنا لايجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه
فصار كما لو شهدا على رجل انه ابرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا وقوله وانما لا يجب المال في الحال جواب عما يقال
لما استوفى حق غيره وجب ان يضمن في الحال وقوله وملك القصاص في النفس ضرورة جواب عن

قولهما انه استوفى حقه يعني لما كان يملك القصاص ضرورة بالنبوته مع المنافي وهو الحرمة كما مر حيث
لا يبطله الا في هذه الاحوال الثلثة وهي استيفا النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف
في القاتل بغيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا في غير موضع الضرورة ووقع في حق لم فيه فيجب الضمان
وقوله فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشيا الثلثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك القصاص
لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف وما
سرى جواب عن قولهما وما عفا وما سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا
قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف
بقطع اصابعه ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق واما اصحاب الاسرار فمنعوه وقالوا
لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفى عن الكف وقوله ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه
واضح وقد اشرنا اليه من قبل وقوله فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك
فانه لا شي عليه وقوله والمامور بقطع اليد كما اذا قال اقطع يدي فقطع فمات لا شي على القاطع وقوله
في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيها اي في المسائل
بالفعل اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضا وجب عليه ان يحكم او عقدا كما في غير الامام من المسائل
يعني ان البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجب لا يتقيد بوصف السلامة
كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفا لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى
وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب
انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين المستاجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات
وقاطع يد حربي او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستاجر والمستعير للركوب اذا انعقت الدابة منه
وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب بان في المسئلة الاولى حصل سبب الهلاك بالاذن
فينتقل الفعل الى الاذن ولو اهلك المالك دابته لم يجب عليه شي فكذا اذا اذن بسبب الهلاك والاب
اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما
قطع وسرى كان القطع قتلا ولم يثبت له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع
فلان القطع مع السراية يصير قتلا من الابتدا ولو قتل ابتدا وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك
لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا من الابتدا لانه مستند الى ابتدا القطع **باب الشهادة
في القتل** القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج ولي القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على
حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغايب فانه يعيد البينة
عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطا لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على اخر والاصل ان
استيفا القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث
حال حيوة المورث استحسانا لانه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للمنع وقياسا
عدم الجواز اما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه
ووجه الاستحسان ان السبب قد تحقق فصح من كل منهما كذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص

طريقه طريق الوارث كالدين فلما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما
عن الباقين قوله استدل لهما على انه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها
ان النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت فيقضى به ديونه
وينفذ منه وصاياه ولابي حنيفة انه طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلفه ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك
للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل الملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل
من الميت والوارث هو ان يثبت الملك للمورث ابتداء للوارث وقوله بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اي
الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات
ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا انسب بالقواعد
الفقهية فان المحل مما اشبه فيه محاله وقوله فان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تعليل
لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما زعما ان القود قد سقط
وزعمهما معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا ساقية الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما
القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبانهما او يصدقهما القاتل دون المشهود عليه او بالعكس والمذكور في
الكتاب اولا هو ان يصدقهما القاتل وحده وجه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل واشار
بقوله وحده الى انهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقاهما
القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه يتصل بقبول الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله
وان كذبهما اي كذبهما القاتل والمشهود عليه جميعا فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لما ذكره في الكتاب
وقوله وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك
وفي بعض النسخ يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل
لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين
اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث
لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك
بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا
قال واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا قول المصنف احترز به
عن الخطا ثم قال وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح ولكن قد يكون خطا فكيف يثبت القود واجيب
بانهم لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه ضربه لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه
وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار
اليه بقوله اذا كان عمدا على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف وقوله واذا اختلف
شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين في الاحوال يمنع عن الحكم بها ففي
النفوس اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالقضاء
على العاقلة وقوله وان شهدا انه قتله واضح وقوله لانه يحمل اجماله على الشهادة فيه صنعة التجنيس (العام)
كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى

الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقول الشهود في قولهم
لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين
يجب ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها الاختلاف موجب السيف والعصا
وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانهم قتله
بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اجاروا واحسنوا الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاخبار
وجعل الدية بهذا معنى قوله عبد الله لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فناولهم
كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله واولوا الديهم ظاهرا
ورد باطلاقه اي يتجوز الكذب وقوله وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه
في معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه هاهنا كما ان الاصلاح مندوب اليه
هنالك وكان ورود الحديث هناك ورادا هاهنا وقوله ولا يثبت الاختلاف بالشك
يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك
والاختلاف لا يثبت بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم
العاقلة وقوله فاذا اقر الرجلان بينا بهما على ان تكذيب المقر له المقر في
بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له في النصف
وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض
ما يشهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول
بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر
به بطل الاقرار لانه رد للاقرار وعلى هذا لو قال المقر له بعد قوله قتلتماه
صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت
لكل واحد منهما ومعناه انت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الاخر في الجميع وهو تكذيبهما
والله اعلم

باب اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال
صفات له ونها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمي مسلما
فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة
المرتد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه
عن التقوم اسقاط حقه وصار به مبريا كما اذا ابرا المغصوب منه اذا
اعتق المغصوب فانه صار مبريا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار
به مبريا كما اذا ابراه اي الرامي عن الجناية او حقه بعد الجرح اي انعقاد سببه وهو
الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا
فعل منه بعده وهو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي
والمرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمي صيدا
ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اصاب فان ردته بعد الرمي لا تحرم لان فعله

ذكر شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو القسمة وبما اذا كانت الجناية خطا تكم
بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة انسب مما قاله المصنف حتى جاز
بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما
ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص اجاب بقوله
والفعل وان كان عمدا فالقول يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار
حالة الاصابة ووجبت الدية اي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء في قولهم
جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان
لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا فيصيرورته متقوما بعد ذلك ونوقض
بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب
بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل وهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من
ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي
الف درهم وبعده ثمان مائة درهم لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق
لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا
قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية ويبقى مجرد الرمي
وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل
ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا الى اخر ما في الكتاب وهو ظاهر على
مذهب ابي حنيفة وابي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ
بالله تعالى قبل الاسلام حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وهنا حالة الرمي وهو
ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة
فلا يجب الضمان لما لمنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه
ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة
الارتداد قوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد من صورتي الجرح
والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع السراية
لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل والاسم تحققه
في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس بالات شيء منه لعدم اثر منه في المحل
وانما نقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فيجب قيمته للمولى وقوله
وان كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حالة
الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الى اخره والله اعلم

كتاب الديات ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر
المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية المشروعة للصيانة لكن

القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر
من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد
قال وفي شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية
المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق
رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
الاية وهو نص في كونها التحرير او الصوم فقط فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص
والمقادير تعرف بالتوقيف قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال من الاية
بوجهين احدهما بالنظر الى العاطف وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون
كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا نعلم انه هو الجزاء او بقي منه شيء ومثل بمحل الا ترى انه لو
قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فهي بينونة بقول وعبده حر ولكنه لم يقل الا يكون الجزاء
الا المذكور ربما لا يخل الفهم والاخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع
الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعني في اصول الفقه ويجزيه
رضيع احد ابويه مسلم لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل
باسلام احد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن
لانه لم يعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطا لما تلونا يعني قوله تعالى ومن
قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة ودية اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف
مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون
حقه وخمس وعشرون جذعه ولم يذكر في نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو مخالف
لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي ثلثون جذعه وثلثون حقه واربعون ثنية كلها خلفات
في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفه وهي الحوامل من النوق فقوله في بطونها اولادها
صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل
خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها
ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطا المحض فان الابل يجب فيه اخماسا
وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة
وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال
به ان الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ وكان
ثبته بالاجماع وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ
فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال علي يجب ثلاث وثلثون حقه وثلث وثلاثون جذعه
واربعة وثلثون خلفه وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا ارباعا والرأي لا مدخل له في المقادير
فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رواه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى وقوله
ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يراد في الدراهم والدنانير على عشرة الاف

درهم او الف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح يغلظ في النوعين الاخرين اي
اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطا والى قيمة اسنان الابل في شبه
العمد فما زاد على اسنان دية الخطا يزاد على عشرة الاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق
ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة
جناية وجدت منه ولم توجد في الخطا وهذا المعنى موجود في الجنسين فيجب التغليظ فيهما ولنا
ما ذكر في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه
ما في التغليظ لان عمد الاتلاف وخطاه في باب الغرم سوا ولا دلالة ليلا يبطل المقدار
الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله ان التوقيف فيه وقوله
لما بينا من قبل يعني في اول كتاب الجنايات قال والدية في الخطا مائة من
الابل اخماسا اخماسا قيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله
في الخطا وقد اجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود وعشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقه وعشرون جذعه وبه اخذنا
نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطاء
اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون
بنت لبون وخمسة وعشرون حقه وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا
سماعا لكن ما قلنا احق وكان اولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور وقوله غير ان عند الشافعي
استثناء من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة
عليه ما ذكرنا انه الاحق بحال الخطا وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق
عشرة الاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق اي الفضة اثنا عشر الفا
لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ان عمر روى ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى
بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تاويل وذكر المصنف تاويل ما ذكره الشافعي انه
قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تاويل وذكر المصنف تاويل ما ذكره الشافعي
انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر فابطل عمر ذلك الوزن وفيه
بحث من وجهين احدهما انه قال روى عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة الاف درهم
ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض والثاني ان وزن
ستة يزيد عليه اثني عشر فلا يكون التاويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول
ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار
وزن سبعة وعلى هذا يجوز ان يكون في اخر عهده صلى الله عليه وسلم يوخذ من الدراهم
وزن سبعة ايضا فلا تناقض حينئذ وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل
ان الدراهم كانت وزن ستة الاشيا الا انه اضيف الوزن الى ستة تقريبا ولم يلتفت الى

الا

الثالث عشر

120

الا من هذه الانواع الثلثه عند ابي حنيفة وقالا لا منها اي من هذه الانواع الثلثه يعني الابل
والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان
وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل
حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قاله
في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل قال فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا
صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة على ما هو المذكور
في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر
من مائة من الابل وقوله لان عمر هكذا جعل على اهل كل مال منها قال ابو يوسف حدثنا
ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات على اهل الذهب
الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر
مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابي حنيفة ان التقدير انما
يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشيا ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب
ضمانه بالاتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله اذ التقدير بالابل عرف بالاثار
المشهورة كما رويناها وعدمناها في غيرها فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت انها في
معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اورد هذا اشبه على ما روي
عن ابي حنيفة من قوله ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثه ووجه وروده ان محمدا
ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او
على اكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلثه ايضا
من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب عن وجهين احدهما بتقرير الشبهة وبرفع الخلاف
ولا ارى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر انفا والثاني برفعها بحمله رواية المعاقل
على انها قولهما وحمل بعض مشايخنا على ان في المسئلة عنه روايتين قال ودية المراة على
النصف من دية الرجل دية المراة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على
علي ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للراي فيه وقال
الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث
وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول انها تعاقل الرجل الى
ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمراة فيه سوا فان زاد
على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول
المصنف اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه والصواب ان يقال اعتبارا بها وبما فوق الثلث وفيه
نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي انه قال دية المراة

علي النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك ناخذ ثم قال وقال زيد
بن ثابت ثلث الدية وما فوقها بمنصف وما دونه لا ينصف وبه اخذ الشافعي وهذا تصحيح قول
المصنف واحتجوا في ذلك بان النبي صلي الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الي ثلث الديه وبما
حكي من ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما يقول فيمن قطع اصبع امراة قال عليه عشر من
الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثه اصابع قال
عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله
لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت
فقال انه السنه وبه اخذ الشافعي وقال السنه اذا اطلق فالمراد بها سنه رسول الله صلي
الله عليه وسلم والحجة عليه ما رويناه بعمومه وان حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالي
وللرجال عليهن درجة ومنفعتها اقل لا يمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان
في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزايها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفه
التبع الاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته
بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابه ابوا بخلافه ولو
كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها قال ودية المسلم والذمي سوا دية الذمي كدية
المسلم رجالهم كرجالهم ونساوهم كنسايهم في النفس وما دونها وكلامه علي الوجه الذي ذكره واضح
وقد استدل الشافعي بقوله تعالي لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالي افمن كان
مومنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلي الله عليه وسلم المسلمون تتكافو دماوهم يدل علي
ان دما غيرهم لا تتكافوا ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثه وبالانوثه ينتقص الدية فبالكفر
اولي وبان الرق اثر من اثار الكفر وبه ينتقص الدية فبالكفر الموجب له اولي والجواب عن
الاول ان المراد احكام الاخرة علي انهما لا يتعارضان قوله تعالي وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الي اهله والمعهود من الدية الدية في قتل المومن وعن الحديث بانه مفهوم
مخالفه وهو ليس بحجه وعن المعقول بان النقصان بالانوثه والرق من حيث النقصان في المالكيه
فان المراة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكيه والذمي يساوي المسلم في
المالكيه فكذلك في الدية ولا ارتياب احد ان نفس كل شخص اعز مما في يده من المال والذمي يساوي
المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولي وان لم يكن لنا في المسلة الا ما روي الزهري ان دية
الذمي كانت مثل دية المسلم علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان فلما
كان زمن معاويه جعلها علي النصف وما روي عن علي لسهريه انما بذلوا الجزية ليكون دماوهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روي عكرمة
عن ابن عباس ان النبي صلي الله عليه وسلم ودي ذميا قتيل ثمانية من الابل لكان لنا من الظهور في

المسلة

المسلة ما لا يخفي علي احد فصل فيما دون النفس اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها
قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعاده ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيدا لذكر
ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اوايل الجنايات ومعني قوله في النفس الدية يجب الدية
بسبب اتلافها كما يقال في النكاح حل ومنه قوله عليه السلام في خمس من الابل السايمه شاه ٢
وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبه الانف وهو مالان منه كل ما لا ثاني له في
البدن عضوا كان او معني مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضا ما هو افراد كالانف
واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين
وثديي المراة والانثيين والرجلين ومنها ما هو اربع كاشفار العينين ومنها ما هو اعشار كاصابع
اليدين والرجلين ومنها ما زاد علي ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت
جنس منفعه علي الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي علي الكمال يجب كل الدية وقيد
المنفعه والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود
كما اذا قطع لسان الاخرس او اله الخصي والعنين واليد الشلا والرجل العرجا والعين العورا
والسن السودا لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت جنس منفعه ولا فوت
جمالا علي الكمال وانما فيه حكومة عدل واما اذا اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لاتلافه
كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي واصله قضا رسول الله صلي
الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلي هذا ينسحب فروع كثيره فان كان جنس
المنفعه او الجمال قايما بعضو واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قايما بعضوين
ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قايما باربعة اعضا ففي كل واحد منها ربع الدية ٢ كان صح
وان كان قايما بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قايما باكثر ففي كل واحد منها نصف
عشر الدية وكلامه واضح وقوله قيل تقسم الدية علي عدد الحروف يعني علي جملة الحروف
مما تعلق باللسان وغيره وقيل علي عدد حروف يتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف
والتا والثا والجيم والدال والرا والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطا والظا
واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصي الحلق علي ما عرف فما لم يمكنه اتيان
حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي فامره
ان يقرا ا ب ت ث فكلما قرا حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرا اوجب من الدية
بحسابه وهذا يدل علي صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامه بعض الحروف
وهو مما لا يفتقر الي اللسان ان يتاتي بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيا فيجب الامتحان
بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف طرق التبصر عن معرفة ذهاب هذه الجواس فقيل
اذا صدقه الجاني واستحلف علي البات وتكلم بعد فواتها وقيل يعتبر فيه الدلايل الموصله الي



ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوي والانكار وطريق معرفة السمع ان يتغافل وينادي
فان اجاب علم انه يسمع وحكي الناطفي عن ابي خازم القاضي ان امراة تطارشت في مجلس حكمه
فاشتغل بالقضا عن النظر اليها ثم قال لها غطي عورتك فاضطربت وسارعت الي جمع ثيابها
وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصران يستقبل الشمس مفتوحة العين فان دمعت عينه علم
ان الضو باق وان لم يدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقي بين يديه حية فان هرب من
الحية علم انه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم ان يوضع بين يديه ماله رايحة كريهة فان نفر
علم انه لم يذهب شمه وقوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع
كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما
الطرف فلا يتبع طرفا اخر وبهذا اندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة وتفوت
هذه المنافع بدون الموت اولي فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلي ذلك ما روي عن عمر كما ذكر
في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الي قوله لانه يفوت به منفعة الجمال قال لو حلق راس انسان
او لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يوجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت
فلا شي علي الحالق وقالا وفيه حكومة وشعر الرجل والمراة والصغير والكبير في ذلك سوا وقوله
في الاذنين الشاخصين اي المرتفعين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله انه يجب فيهما كمال
القيمة هو رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال والتخريج علي الظاهر
وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله هو الاصح احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال
الدية لانه عضو علي حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي الخطا والعمد يعني كما يجب الدية
في حلق الراس واللحية خطا فكذا اذا حلقهما عمدا بل وصورة حلقهما خطا ان يظنه مباح الدم فحلق
الولي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجودا اذا كان عمدا فما المانع
عنه مع الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة لا يثبت الا بالنص او دلالته ولا
نص في الشعور وليست في معني المنصوص وهو المجروح لانه لا يحتاج في نموها الي الجراحة
والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يجوز
الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا قال وفي العينين الدية الاصل الذي ذكرناه
في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف يحتمل ان
مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطيه من خطا محمدا في اطلاق الاشفار
علي الاهداب قالوا الاشفار منبت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي
عليها يسمي الهدب فقال المصنف يحتمل ان مراده الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر
المحل واراده الحال ويحتمل ان مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال
تفويت جنس المنفعة والجمال علي الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله وهو نظير انقسام دية

اليد علي الاصابع يعني ان عشر الدية الواجب ان كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلث
مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله والاسنان والاضراس
كلها سوا انما اورده نظرا الي الصواب ان يقال والاسنان كلها سوا او يقال والانياب والاضراس
كلها سوا لان السن اسم جنس يدخل تحته انياب وثلاثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة
اثنان فوق واثنان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها
ضواحك تلي الانياب واثنا عشر سنا تسمي الطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث اسفل وبعدها
سن وهي اخر الاسنان يسمي ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ ووقت كمال العقل فلا يصح ان يقال
الاسنان والاضراس سوا للعود الي معني الاسنان وبعضها سوا فاذا اضرب رجل رجلا حتي سقطت
اسنانه كلها كانت عليه دية وثلثه اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في
البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوي الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن
علي الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لان المعقول يعني الذي يتعلق
به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة او تفويت الصورة فان قيل لا نسلم ان تفويت الصورة
ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس احدهما
اولي باستتباعه الاخر فيكون الحصر في غير موضعه اجيب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون
المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الا تري انه اذا قطع اليد الشلا يجب حكومة عدل
لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم يتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا
جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع
اولي وقوله لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه تفويت جمالا علي الكمال
وهو استقامة القامة قيل في تفسير قوله لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب
القامة وهي يزول بالحدوبة **فصل** في الشجاج لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس ولكثرة
مسايله ذكره في فصل علي حدة **قال** الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع الجلد لا بد
منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم او لا الثاني هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد
الاظهار او لا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم او لا والثاني هو الدامية والاول
اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم او لا والثاني هو الباضعة والاول اما ان لا تظهر
الجلدة الرقيقة الحايلة بين اللحم والعظم او لا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر
علي الاظهار او يتعدي والاول هو السمحاق والثاني اما ان يقتصر علي اظهار العظم او لا والاول
هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر علي كسر العظم او لا والاول هو الهاشمة والثاني
اما ان يقتصر علي نقل العظم وتحويله من غير وصوله الي الجلدة التي بين العظم والدماغ
او لا والاول هو المنقلة والثاني هو الامة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة

بالعين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجي
في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء ان الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب
وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله ولا فيما فوق الموضحة
يريد ما هو اكثر منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله وفيما قبل الموضحة يريد الست
المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح اي يقدر غوره بحديدة
او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل
فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على رواية محمد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة
وقوله وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر
والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه
الشراب كان مفطرا فهو مثل ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في
مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالراس والجبهة والوجه والذقن وقوله
وهذا الاختلاف عبارة لا يعود الى معنى يعني يرجع الى ماخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى ان المتلاحمة
مشتقة من التحام الشيء اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة
بعدها التي تقطعه وقوله واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن وقوله وقد تحقق
فيه معنى المواجهة قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانه تركنا هذه
الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فتعتبر الحقيقة وقوله ثم ينظر الى تفاوت ما بين
القيمتين مثاله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة
اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجب عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضي خان والفتوى
على هذا وقوله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان هذه الشجة لو كانت باضعة
مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة
وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة
قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه
بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبد **فصل** لما كانت الاطراف دون الراس ولها حكم على حدة
ذكرها في فصل على حدة وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله
صلى الله عليه [وسلم] في كل اصبع عشر من الابل وقوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة الى اخره وقوله ولا تبع للتبع يعني واذا لم يكن تبعا لا للاصابع ولا للكف وجب
اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل
واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الرسغ
كما في اية السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واضح وقوله والترجيح من حيث الذات

واحسن عن قوله صح

والحكم

123

والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من
حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس
كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالراي وهو
لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الراي ضروري ولا ضرورة عند
امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة لتقدير الشرع نصا لم يفرق
بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف
تبعا للاصبع الواحد وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له ارشا مقدرا وما
بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله في الاصبع الزائدة حكومة عدل يعني سوا قطع
عمدا او خطا وسوا كان للقاطع اصبع زائدة او لا اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع
اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط
جريان القصاص ولم يوجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة
ارش مقدار فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في
القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائد حكومة عدل
وهي يعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين بها وقوله لانه جزء من يده
ولكن لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة
وازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم تجب حكومة عدل وان كان الشعر جزءا من الادمي بدليل
انه لا يحل الانتفاع به واجيب بان ازالة جزء الادمي انما يوجب حكومة عدل اذا بقي من
اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات ثمة لا يشينه فلا يوجبها كما
لو قص ظفر غيره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية اي الزائدة لما قلنا يريد قوله
لانه جزء من يده فان السن جزء منه والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الاسنان
يقال رجل اشغى وامراة شغواء فانها وان كانت زائدة ففيها نقصان معنى وقوله والظاهر
لا يصلح حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه
لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب
هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله وحرمة رضيع قال ومن شج رجلا فذهب
عقله او شعر راسه في هذا بيان ان الجزء قد يدخل في الكل قوله فصار كما اذا اوضحه
فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم او من حيث ان
العقل ليس في موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة يجب بفوات
جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان
ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما وقوله وقد يتعلقا

يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب
الدية الكل فيدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فسلت يده قوله وجوابه ما ذكرنا
قيل يعني به قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضا وقيل قوله وقد تعلقا بسبب
واحد وهو اسهل من الاول وقوله قالوا يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال
في النهاية ذكر ابي يوسف مع ابي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لروايات الكتب المتداولة فينبغي بجميع
ان يذكر محمد امكان ابي يوسف كما هو في الايضاح او لا يذكر احدا اصلا كما هو رواية المبسوط
وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطا واما اذا كان عمدا
تجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية
في السمع والبصر وقوله وجه الاول هو ان ارش الموضحة لا تدخل في الدية الواجبة بذهاب
السمع والبصر والكلام وقوله على ما بينا يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضا
وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ان السمع والكلام مبطن فيه يراد به الكلام
النفسي بحث لا يرسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه
وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم به بالحرف والاصوات ففي جعله مبطنا
نظر وقوله وقالوا يعني المشايخ اي قال المشايخ ينبغي ان يجب الدية فيهما اي في العينين والارش
في الموضحة وقالا في الموضحة القصاص قالوا اي المشايخ وينبغي ان يجب الدية في العينين وقوله
لهما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا يجب في الموضحة القصاص وفي
العينين الدية وله اي لابي حنيفة ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي يجعل قصاصا بعد لا
يكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى فلا قصاص بدون المماثلة ولان
الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي القائمة حال الشج وكذا المحل اي محل الحاسة واحد من وجه
لاتصال احدهما بالاخر وغاية الجناية لم يوجب القصاص بالاتفاق فورث الشبهة في البداية
نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفسين جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه
وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من
سراية الاولى وههنا ليس كذلك فان السراية انما يكون بعد الالام وهو انما يتحقق في
شخص واحد قوله وعلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع
رجل عمدا فاضطربت السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يقتص الاولى دون الثانية
فانا مسلسا لم يكن كذلك ووجهه ان القطع الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل
مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه فعل ليس فعلا مقصودا
الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في
قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكره في الذخيرة انه مقصود ولكن

ليس

ليس من اثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف ما يبني على ما ذكر
من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني وقوله يعني ان القطع لما كان خطا
وجب به المال ولم يمض وجوب المال شبهة لعدم وجوب القصاص وقالا لا ورثوا شبهة جاءت
ولو قال وقالا فيها ورثوا كان صوابا وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه انما يريد قوله ومن شج
رجلا موضحة فذهبت عيناه الى اخره وقوله انه يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر
فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما
في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على راسه حتى ذهب سمعه لا يجب
القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك
سرايته الموضحة وقوله بخلاف الخلافية الاخيرة يعني قوله وان قطع اصبعا فسلت الى جنبها
اخرى وقوله الا ترى ان الشجة نفسها موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند
ابي حنيفة والقصاص في الموضحة والارش في العينين عندهما وقوله فما كلنا اي صارتا واحدة
بالاكل فهو على الروايتين هاتين اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص
على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبتت
مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل بعوره وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا
الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله فنبتت سن الاول يعني بغير اعوجاج
وان نبت معوجا يجب حكومة عدل قوله ولهذا يستاني حولا اي يؤجل سنة بالاجماع وقال
في السمه حتى تبرا موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل
وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير
فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع
فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ
والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستانى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع
وقوله فاختلفا قبل السنة اي قال المضروب انما سقطت لضربك وقال الضارب بسبب اخر
وقوله ليكون التاجيل مفيدا يعني ان التاجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله
كان التاجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في ذلك اي في سقوط السن بعد السنة وقوله
سمعين الوجهين اي وجه قوله لا يبنى على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب الارش يعني
كاملا وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا
كانت السن من الاضراس التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا يجب ان يكون الجواب على
التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد
دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر

الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند اخرين حكومة عدل لانه
لم يفوت جنس منفعة السن ولا يفوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد يكون لون الاسنان في
بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الخضرة والحمرة والسواد لانها
لا يكون لون الاسنان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال ومن شج
رجلا فالتحمت كلامه ظاهر وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف هو الموعود قبل هذا بقوله ويستوفي
الوجهين بعد هذا وقوله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع الى اخره جواب عن قول ابي
يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه اجر الطبيب ووجهه ان محل الالم من المنافع
ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة
الصحيحة او شبهه كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق
الجاني فلا يغرم شيئا وقوله ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا فجرحه فبرئ منها وبقي اثر
الضرب فعليه ارشه وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره فهو على اختلاف ٢
قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف
ووجوب اجرة الطبيب عند محمد وقوله لان الجنايه من جنس واحد لكون كل واحد منهما
خطا وقد تقدم اقسام هذه المسالة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واصح وقوله لانه مال
وجب بالقتل ابتدا يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا
كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي وقوله لا سيما الى زيادة
يعني المعجل فانه زايد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف فايجاب المال
حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا
لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا يعقل
العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله عمده اي عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا يجب الكفارة
به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله ويحرم
عن الميراث على اصله اي يثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل
الشافعي لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما يطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تعلق
منهما احد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الاخر وهو وجوب الدية في ماله اذا
الاصل ذلك **فصل** في الجنين عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه
في حكم الجزء من الام واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية غرة
المال خياره كالفرس والبعير النجيب ويسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة
وقيل لان غرة الشيء اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف معناه
اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل

منها

منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة الالاف هو العشر من خمسة الالاف والقياس وهو قول
زفر ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن حياته فيه وبعد العقل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك
كما روي قبل الظاهر انه حي او معد للحيوة قلت الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين
البهيمة الا نقصان الام ان تمكن ووجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر يروى ان الامام
المحبوبي ان زفر سئل عن هذه المسالة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل ولم والحال لا يخلو
من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح
لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل اعتقك سائبة فجاء زفر الى ابي يوسف فساله عنه فاجابه
ابو يوسف بمثل ما اجاب زفر فجاءه بمثل ما اجابه السائل فقال التعبد التعبد اي ثابت بالسنة
من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة
قوله وجه القياس كما ذكرنا انما يحمل انه رجع من احدهما الى الاخر والحديث المروي دليل
واضح على ان الدية مقدرة بعشرة الاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى ان
الحيوان لا يثبت في الذمة سوى صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله اذا كان خمسمائة
درهم قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت خمسمائة درهم وردنا بان ما يجب في جنين الامة قيمه صح
هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا
من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمسمائة تعليلا لوجوبها على العاقلة وقوله في ماله اي مال
الضارب لانه بدل الجزء من جزء الادمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا
ديته امر مخاطب من الودي وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحة
قال كنت بين جارتين لي فضربت احديهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت
جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة
دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثله دمه يطل فقال عليه
السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب فقوموا فدوه والحديث فيه التنصيص
على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية
على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قد قدرتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه
من النظر وقوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح
من النسخ وفي بعضها او اكثر وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد
ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل
او بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر
ليس مفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها

على من وجب في تلك السنين صورته ان يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل
واحد منهم نصف عشر الدية في تلك السنين على ما يجي في المعاقل وقوله ويستوي فيه اي في
وجوب مقدار الغرة فانه عبد او امة قيمته خمسمائة لا طلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم
في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الجنين دليل معطوف على الشاوي
بين الذكر والانثى واراد بالجنين نفسه الحي الولد بين المنفصلين الذكر والانثى ومعناه انما ظهر
التفاوت بين الذكر والانثى في الولد بين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الادمية في المالكية
فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خواص
الادمية وهو معدوم في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وان القيمة
حاملا مات اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهي
ان خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال حيوتهما او في حال مماتهما او في حال حيوة الام 1
ومماته الجنين او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلانه
الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت
من الضرب واحتمال ان لم تنفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في
هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا
وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال
عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تحقق الرحم وعدم
السقط فلا يلحق به ذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال
وما يجب في الجنين موروث عنه كلامه واضح وقوله وفي جنين الامة يعني في جنين
الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو
كان انثى وطريق ذلك ان تقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فيظهر كم قيمته ويجب
نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيد بان يكون الحمل من غير المولى والمغرور
لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو صاح الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب
لانه منكر الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكوريته وانوثيته يوجد بالمتيقن وقوله لانه ضمان
الطرف لانه لا يجب الا عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا ترى انه اذا اقلع السن فنبت مكانه
اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على ان جوابه باعتبار
معنى النفسية لا الجزئية فيقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف
هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان يمكن فيها
نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله فيطرنا الى حالتي السبب
والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبار الحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا

قال في المبسوط وهو الدليل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول ابي يوسف صح

في حيوته اعتبار الحالة التلف لا يقال هذا اعتبار لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحالة
ايضا قيمته حيا الجواز ان لا يكون حيا فلا يجب قيمته حاهنا لها بل تجب الغرة قوله ما بين قيمته
مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم ٢
وقيمته مضروبا ثمانمائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم وقوله على ما يذكر بيانه بعد
هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من
ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة
وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة
الا يرى انه لم يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح باب
ما يحدث الرجل في الطريق لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول
اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال ومن اخرج الى الطريق
الاعظم كنيفا الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام
جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به ههنا ابعد
الناس منزلة اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشيا في اباحة العمل وفي
الخصومة وفي ضمان ما تلف به والمذكور في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع
فان فيه خلافا بين العلماء قال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من
الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام
فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم
يكن فيه ضرر لانه ماذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور
في الكتاب قول ابي حنيفة وقالا ليس لاحد ذلك اما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالماذون من الامام
فلا يرفعه احد واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يحدث يريد ان يجعلها
في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر
عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله ويسع للذي عمله
بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا
جزاء يعني يعدنا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان يضر من ضرك وهذا
الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب
الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله
لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة
الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد ينسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم
مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا مسلا رميز او لم

يكونوا وقوله واذا اشرع في الطريق روشنا وهو المهر على المعلو بيان لوجوب الضمان وقوله
مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه فيهما
يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة
وقوله وان سقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل او
الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها
وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الارث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا
ليس بقتل حقيقة والا لساوى الملك غيره كما في الربي قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب
في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف
بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة
والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني يعلم
يقينا انه قتيل الجراحة ولا يعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان
بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جناحا ظاهر وقيل المشتري
ايضا متعد بترك الرفع مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبب
ولم يوجد منه ذلك فصار كمن يمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه
لا ضمان لانه ليس بمباشر ولا مسبب واستشكل ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه عليه م
بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا
بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار
ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغله هواء طريق المسلمين بعد ما ولم يزل بالبيع
وقوله ولو حركته اي الجمر قيل فيه تلويح الى ان الريح ان هبت بشررها فاحرقت شيئا وجب
الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله قيل
اذا كان اليوم ريحا يضمنه هو اختيار شمس الائمة السرخسي والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان
اختيار شمس الائمة الحلوائي وقوله وقد افضى اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح
وقوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة
اخرجوا جناحا على فناء داري فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط واصاب
شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب
بامره فقصروا ان يرجعوا به عليه كما لو استأجر ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان
يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان
لا حق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوه فسقط واتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان
ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس.

لانه امرهم

لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو
استأجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان
على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان الفناء مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط
السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان
على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه
عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الآمر
انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله
لانه صح الاستئجار يعني بالنظر الى ان له ان ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان امره معتبرا
ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يتقيد بشرط
السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب
والرش والوضوء وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى
وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته وقوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها
بطل غيرها وقوله في فناء حانوته قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل
ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله فيعقل اي يتشبث ويتعلق بالبناء وقوله
يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجراء ان الفناء لغير الآمر او اذا لم يعلم وفي
الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان
الاجير يحسب انه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه ١١
انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير
ان الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال ومن حفر بئرا
في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البالوعة وذكر رواية
الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من
الفوت وهو السبق وقوله وكذلك الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعله بامر من له الولاية
في الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه وقوله مما ذكرناه يعني من اول الباب
الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر
وقوله وغيره يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع
وقوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام بحفر في طريق المسلمين
لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفره في ملكه وان لم ياذن له الامام وقوله وكذا اذا حفره
في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر
بان لا يضر احدا واذن له الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب

وهو ان يضمن اذا كان الفنا لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله
ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما اي اختناقا بالعفونة قال في الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ
النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من بعد تم قول ابي حنيفة انه مرجوح على عادته من يوخر
الراجح فان الفقه معه الا يرى انه لو حبس رجلا في بيت حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات
فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق في نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع لوجوب الضمان
وقوله وان استاجر اجرا يحفروها له في غير فنائه يعني بان كان الفنا للغير او طريقا للعامة لكنه غير
مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فنائه اولا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر ولا شي على
الاجرا لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا ذلك وذلك يكفي لنقل الفعل الى الامر لانه لو توقف
على صحة الامر حقيقة يتضرر الاجرا فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك
فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله
ولا شي على الاجرا وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المامور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر
فيها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الامر لكونه مباشرا وكون الامر مسببا
والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب
والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيرجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجرا لعدم صحة
الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه ولسوا بمغرورين فينتفي الضمان عنهم فيبقى الفعل مضافا
اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل
بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا
وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجرا هناك اذا لم يعلموا ضمنوا
ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بان
الذابح مباشر والامر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وان
كان لهم هذا فنائي ظاهر وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله
لاطلاق يده في التصرف الى اخره فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو
صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون
مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض ض
الدلالة قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح قوله لان الاول يعني
جعل القنطرة ووضع الخشبة تعد اما وضع الخشبة فلكونه تعديا ظاهرا واما بنا القنطرة فلان
الباني يوجب حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين
المكان والضيق والسعة للامام فكان جنايته بهذا الاعتبار والجناية تعد لا محالة وقوله وهذا
اللفظ يعني قوله فعطب به يعني ضامن يشتمل وجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشي المحمول عليه

وتلفه

وتلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق بخلاف لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنهم في الرجل يحمل الشي في الطريق فيسقط منه ذلك الشي فيعطب به
انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين وفي بعض الشروح جعل قوله
وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت
الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر
عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله ما لا
يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس
زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به
وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد
من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد وقوله
كنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار
الاسكاف رحمه الله قال ابو الليث رحمه الله وبه ناخذ الا ان ينصب شخصا والقوم
يريدون من هو اصلح منه ونحو ان تكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام
ان القوم اولى بنصب الامام والموذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة
اذا سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم
ان يكرر الجماعة وقوله وقصد القربة لا ينافي الغرامة جواب عن قولهما لانه من القرب
وقوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطا الطريق فان
شرطها ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فاذا نقصت انقلبت قذفا واستوجب الحد
وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل وان جلس في المسجد رجل من العشيرة
فعطب به رجل فاما ان كان في الصلاة او لم يكن فيها فان كان في الصلاة فلا ضمان
عليه سواء كانت الصلاة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها
بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال
ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة
يعني منتظرا لها او نام فيه في اثنا الصلاة او في غير الصلاة او مر فيه مارا
او قعد فيه لحديث قال المصنف رحمه الله فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار
بعض اصحابنا رحمهم الله واختاره ابو بكر الرازي رحمه الله وقال بعضهم وهو اختيار
ابي عبد الله الجرجاني رحمه الله ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق
ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة
ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير
الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القران من لفظ المصنف
بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ رحمهم الله على ذلك

ليس
وكذلك بل هو على الصلاة فكما رايت وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على هذا الاختلاف
وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر قال الله تعالى
في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله وانتم عاكفون
في المساجد وقوله وله ان المسجد انما بني للصلاة لان المسجد موضع السجود الا ترى ان المسجد اذا ضاق
على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضعا للصلاة دون
العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرا من الآيتين على ما سوى الاذان والعكوف
به وليس الكلام فيه وكونهما من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع له الاصلي
وما الحق به والثاني واضح

فصل في الحايط المايل

لما كان الحايط المايل يناسب الجوش
والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسايله بها في فصل على حدة قال واذا مال
حايط الى طريق المسلمين اخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب
الضمان وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي
والشعبي وغيرهم من التابعين رحمهم الله ووجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله
وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للاكلة عند
خوف هلاك النفس وقوله وتحملها العاقلة قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تحمل حتى تشهد الشهود
على ثلاثة اشيا على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار
في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب
الحق لصاحب الحايط ان حايطك هذا مخوف او يقول مايل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط
ولا يتلف شيا ولو قال ينبغي ان تهدمه فذاك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب
حق لو احد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او حرا او امراة ان مال الى طريقهم وواحد
من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها او صاحب الدار او ساكنها ان مال اليها وان
يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة فلم ينقض حتى
سقط على انسان فلا ضمان على احد وقوله هو الشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو
اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعل
هولاء كفعله اي فعل الوصي والاب كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد
بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحايط اذا بلغ الصبي
بعد التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير
ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير
ثم انهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي
اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضرر اهمال اليتيم وكان الواجب ان يكون الضمان
عليه اجيب بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنايه
ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وان سقط لا يهلك به شي

فكان

فكان تركه نظرا للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عنق العبد يعني يباع فيه كما يباع في دين
تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا
العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه منفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية
على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد
على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى فهو تصرفا والعبد خصم
من جهته الا ترى انه لو ادعى انسان حقا في دار بيد ماذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد
عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر واما عند ابي حنيفة رحمه الله
فللمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى
العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر بالاذن لم يتناول
ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله ويصح التقدم الى احد
الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب
الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيا
اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من
الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ
والجواب ان الاشهاد على جماعتهم متعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في
نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب به لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحايط القتيل
الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول برفعه مفوض الى اوليائه لانهم الذين يتولون دفنه
مطلوب بالفرق بينها وبين ما اذا وقع الجناح على الطريق فيعثر انسان بنقضه ومات ثم
تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح واجيب بان اشراع
الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا
الى فعله لحصوله بنقض الجناح في الطريق ومن القى شيا في الطريق كان ضامنا لما عطب
به وان لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحايط لان نفس البنا ليس بجناية وبعد
ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع
القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل
فلذلك جعل قاتلا في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم
ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله فسقطت يعني الجرة بسقوط
الحايط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه
وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما احدثه في ملكه سوا كان الحايط مايلا او غير مايل
كذا في المبسوط وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من كافر البير وباني الحايط وقوله لهما ولابي حنيفة
ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحايط والعمق المقدر يعني في البير لان اصل ذلك
اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي ذلك الاصل يعني الجز التسلسلي

يملك حتى تعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك تضاف الى العلة الواحدة ثم تنقسم على اربابها بقدر
الملك الاترى انه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد
في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة الدير فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان
احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه
فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه ان صفة التعدي تحققت في
الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح
الرجل وقوله لان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية يضاف اليه واذا اضيف الى الكل بعضه معتبر
في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فيجعل غير المعتبر شيا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين
لاعتبار احدهما واهدار الاخر **باب جناية البهيمة والجناية عليها** ذكر جناية البهيمة والجناية
عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله لما اوطات الدابة
الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولا لا ايطا محذوف وتقديره اوطات الدابة يدها او رجلها
انسانا فيكون من باب فلان يعطي وقوله ما اصابت بدل من قوله لما اوطات الدابة والكدم العض بمقدم
الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان تضرب الشي بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا
ضرب احدهما الاخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشي اذا ضربته بحد حافرها واعلم
ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلاثة لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق
المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها
او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها او برجلها او نفحت او كدمت
وان كان الاول فاما ان يكون سائقا لها او قائدا واما ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه
كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار
وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة او تسييرها في ملكه وان كان
الثاني وهو سيرها فان وطئت بيدها او رجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها
فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا
بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان او لم يكن وفي الثاني
مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها
صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان على كل حال لانه ليس بمسبب
ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقا او قائدا
او لا واقفة كانت او سائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة
وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها صاحبها
عليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له
شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون

صاحبها

صاحبها معها او لم يكن فاما ان سارت بارسالة او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلف ما لم يتحول عن
جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان
عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلف راكبا كان او سائقا او قائدا الا النفحة بالرجل
او الذنب لانه مباشر او مسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف الراكب ضامن
لما اوطات الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا
الجواب انما استقام في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خبطت او صدمت
فيما اذا كان في ملكه على ما مر انفا وذكر الاصل الذي يبنى عليه هذه الفروع فقال والاصل
ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره
من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه
لترتب مصالحه فالتحرز عن ذلك حرج وهو مدفوع واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو
في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا
باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله والمرتدف فيما
ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة
بالسير على ما اراد لا يختلف لانهما في ايديهما وتحت تصرفهما وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر
ضررا بالمارة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا
في الدابة فيلحق به ووجهه انه اضر منه لما انه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به وقوله
والسائق ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد وقوله والمراد
النفحة اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطي
فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني
العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاده عنها وقوله
وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله ولا يمكنه التحرز وقوله
عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل
لان الوطي مضمون بالاجماع وقوله واستعمال الفعل جواب عن قول الشافعي لان فعلها مضاف اليهم
يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الاستعمال بخوف القتل وههنا بتخويف
بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يعلل بذلك قياسا على الاكراه وانما علل بنا على اصل اخر
وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف
والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار
وفي رواية الجامع الصغير لا سيما لها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لا ينفصل منهما الى المحل شي

وقوله لان كلا ذلك سبب الضمان يعني لان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق
لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلف بالوطي وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في
الاتلاف الي الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان
سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو
مباشرة وبه كر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه قال واذا اصطدم فارسان اصطدم
الفارسان اي ضرب احدهما الاخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين
غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان
وقد روي عن علي كلا الوجهين فتعارضت رواياه فرجحنا قوله انما ذكرنا يعني قوله لان فعله في
نفسه مباح وهو المشي في الطريق الي اخره وفيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا رجح ما
ذكره من المعني فتعارضت حجتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح
حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول انما ذكره منقوض بالواقع في البير بمشيه فيكون فاسدا
وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر جواب عن المسايل المذكورة
في جنبتيهما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفايدة
فسقط اعتبار الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب علي عاقلة كل منهما نصف الدية واما
فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير
معارضة احد له في فعله فيجب علي عاقلة كل منهما تمام دية الاخر كمن مشي حتي سقط في البير ضمن الحافر وان
كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا
كانا حرين في العمد والخطا اي وجوب نصف الدية في العمد علي عاقلة كل منهما وفي الخطا الدية الكاملة
علي ما ذكره في الكتاب الا انه ذكر الخطا في وضع المسلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فياخذها
اي قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط عن العاقلة لان الدية اولا يثبت للميت لا محالة
والورثة يخلفونه والعاقلة يحملون ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط
عنهم كما قلنا في امراة قطعت يد رجل خطا فتزوجها علي اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا
وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع
وارثه فبالنظر الي ان المستحق اولا هو الجاني يسقط وبالنظر الي ان الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك
والباقي واضح وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشيا يعني الشرح وسائر الادوات كما في المحمول علي
عاتقه اذا وقع علي شي فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله علي ما مر
من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن قاد قطارا القطار الابل يقطر علي نسق
واحد والجمع قطر وكلامه واضح قال وان ربط رجل بعيرا الي القطار رجل ربط بعيرا الي قطار
يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القايد اولم يعلم فان كان الثاني وقد وطي المربوط انسانا فقتله فعلي

عاقلة

131

عاقلة القايد الدية لامكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية في
مثله علي العاقلة كما في القتل الخطا ثم يرجع عاقلة القايد بما ضمنوا من الدية علي عاقلة الرابط لانه هو
الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط ضمن القايد ثم يرجع علي الذي
ربط البعير ووفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة علي القايد
والرابط الا ان العواقل يتحملون عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو علي العاقلة
وان كان الاول لم يرجعوا لان القايد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشي
ولم يذكره لظهوره وقوله وانما لا يجب الضمان عليهما ابتدا ظاهر وقوله قالوا يعني ان لفظ
الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القايد علي عاقلة الرابط
اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القايد بلا رجوع علي احد والوجه
ما ذكر في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد كلب العولية بعده وكذا اذا ارسل كلبا ومعني سوقه
اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل
السايق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه في حق الضمان حتي لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم
يلزمه شي وقوله انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه اي سوي طريق اليمنة واليسرة
بان كان علي الجادة ماء او وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم يعطف يمنة ويسرة وقوله
وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله وهذا اي وقفة الدابة ينافي مقصود
المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله بخلاف معطوف علي
قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسلة وسيق به الفرق بين الارسالين كما بين
بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله علي فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل
يمينا وشمالا قوله لما مر اشارة الي قوله انقطع حكم الارسال وقوله وقال محمد هي المنفلتة اي
العجما التي اهدر النبي صلي الله عليه وسلم فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان ارسالها اذا كان في
فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا انفا فكان تفسيره احترازا عن الاجرا علي عمومه وقوله من الارسال
واخواته يعني السوق والقود والركوب قال في النهاية كان من حق الكلام ان يقول من الارسال
وامثاله او يقول من الارسال واخواتها بتاويل الكلمة اذ السوق والقود لما كان اخوات للارسال
كان للارسال اخوات ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل وليس بشي لانه
ليس ههنا مونث معنوي حتي يعتبر فيما نحن فيه حتي يقاس علي ذلك قال شاة لقصاب فقئت
عينها الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع علي الذكر والانثي وهي يؤنث
وانما قال وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين ان البقر والابل وان اعد للنحر كالشاة لا يختلف
الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب فيه ربع القيمة كما في الذي لا يوكل لحمه كالبغل
والحمار وقال الشافعي فيه النقصان واعتباره بالشاة عملا بالظاهر ولنا ما روي خارجة بن زيد بن ثابت

عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن عمر انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل
يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يوكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك
في غير الماكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به وقوله
ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على
الشاة فان المقصود منها اللحم وفقا العين لا تفوته بل هو عيب يسير فيلزمه نقصان المالية وقوله
ولانه انما يمكن اقامة العمل بها دليل اخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا ترى ان العينين
لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص
وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او نخسها يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن
ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا
وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب
ان القياس يترك بالاثر وفيه ابن عمر وابن مسعود وقد اشار المصنف ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب
والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما
كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملجيا
فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان
مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب
ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة اوجبت الضمان على الناخس دون
الراكب والسايق ايضا عند اكثر المشايخ وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجب على
السايق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو مأذون كان سايقا وامكان التحرز انما يعتبر
في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله ولان الناخس متعد في تسبيبه
دليل اخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن
معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب
مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما
هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي
وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى
الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب
وارادة المسبب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية
هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس بشيء فتامل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك
سوا يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك
فانه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما وقوله والثاني اي الوطء مضاف الى الناخس لانه كالسايق





لها والسايق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وقوله
مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي الى النخسة وقوله ولا يتناوله
من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق من الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله
يقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله والركوب وان
كان علة جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع
فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا تجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط
في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط
لهذه العلة لتاخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء باسا
معلولين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر
صبيا يستمسك انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد اما على الصبي فلان مثله
بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف
سيرها الى احد كانت منفلتة وفعلها جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن
الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدي والباقي ظاهر الى اخره باب جناية المملوك
والجناية عليه لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية
المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته عن رتبته لان مال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف
اخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السايق او القائد
وهم ملاك قال واذا جنى العبد جناية خطا اعلم ان التقييد بالخطا ههنا مفيد في الجناية
في النفس لانه اذا كان عمدا اوجب القصاص واما فيما دون النفس فلا تقييد لان خطا العبد وعمده فيما
دون النفس سوا فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبيد ولا بين العبيد
والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه يعني بعد الاستيفاء
فانه لا يقضى على المولى بشيء في ذلك حتى يسأل المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه
يسأل في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو
لا يجوز وقوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه
المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق
صار بحال العدم وقوله والمسالة مختلفة بين الصحابة فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال
اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر
مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جنايتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد
وقوله فيجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاغلا لمالية
رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على المال وفي بعض

النسخ كما في الدية يعني اذا قتل الذمي رجلا خطا تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله
بعد هذا اتلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل الى اخره ظاهر وفيه بحث
وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما
ذكرنا وهو ساه على اصل ونحن على اصل فمن ابن يقوم لاحدنا حجة على الاخر ويمكن ان يقال الشافعي
جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال ونحن اذا
بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا يعقل
المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله ليس
بمقيس على اصل يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف
يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد او الخطا والاول مسلم ولا يفيد اذا الكلام
في الخطا والثاني عين النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني
ان يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب وقوله الا انه يخير ا
سببا من قوله والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان يخير كما في سائر العواقل
ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطا يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثره
ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه
باثبات الخيار وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى
حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته
ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفدا كما في مال الزكوة فان الموجب
الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينقل الى القيمة ولهذا اي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع
يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها
التمرتاشي ان الدية هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا
لما ذكر في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم
قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد قوله و
بخلاف الحر الجاني جواب عما يذكر ههنا مستشهدا به كما ذكرناه انفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق
بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد
قال فان دفعه ملكه ولي الجناية فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه
فداه بارش الجناية وكل يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر
والتاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل ومع وجودها وتحصيل الحاصل باطل واما الفدا
فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا اسمي فدا فاخذ حكمه فيكون الشي

بدلا

بدلا عن شي لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم
فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء
والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفدا لما وجب بمقابلة الجناية في النفس
او العضو اسمه الدية والارش وهما يعتبران موجلا وذلك يقتضي كون الفدا كذلك ولما اختار
المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل	حل
في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فيعارض جانب الحلول والاجل فرجح جانب
الحلول لكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف
ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامر ضروري فان الاصل عند
المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامر ضروري والمسائل المذكورة تغيرت بذلك
وهو ان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم
يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه
عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لانه تعالى قد تصور وجوبه حالا فهو ضرورة لان
ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله على ما بينا اشارة الى قوله غير ان
الواجب الاصلي هو الدفع الى اخره وان مات اي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفدا قولا او
فعلا لم يبر بموت العبد عن الفدا وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث
مخير وان عين احدهما قولا لم يتعين وههنا قد تعين واجيب بان حقوق العباد اوجب رعايته
لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب
به وقوله لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل
ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن
لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لا يتعلق
سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن
ايفاء واستيفاء حكما فكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله
على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر
المعوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني وقوله
وعلى هذا حكم الشجات يعني لو شج رجلا موضحة واخر هاشمة واخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع
الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى
صاحب المنقلة نصفه لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله وفي
الجنايات المختلفة يعني يختار ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الاخر كما لو انفرد
كل واحد منهم قوله والحق يجب معقول جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب

فهو متعد بالنظر الي المستحقين فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسله مثل الاولي ووجهه اما لا نسلم ان
المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الي اخره لانتقال الملك يثبت للوارث حقيقه
وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقه فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت
اصل وملك الوارث متفرع عليهم واعتبار الاصل اولي قال فان اعتقه المولي وهو لا يعلم
بالجنايه الاصل في جنس هذه المسايل ان المولي اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه
عن الدفع صار مختارا للفدا والا فلا واذا لم يعلم بالجنايه لم يكن مختارا للفدا لكن يضمن الاقل من
قيمة العبد ومن ارش الجنايه وعلي هذا تخرج الفروع المذكوره في الكتاب وقوله علي هذين
الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله بخلاف الاقرار علي رواية الاصل يعني اذا جني العبد
جنايه فقال وليها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان الغايب وديعة عندي او عاريه
او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفدا الماذكر في الكتاب ولم يندفع عنه الخصومه حتي يقيم علي
ذلك بينة فان اقامها اخري الامر الي قدوم الغايب وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفدا ولا
يصير مختارا للديه مع تمكنه من الدفع وقوله والحقه الكرخي بالبيع واخواته في صيرورته
مختارا الماذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو روايه خارجه عن الاصول وقوله
واطلاق الجواب يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الي اخره وقيل يريد به قوله
في اول الباب واذا جني العبد جناية خطا فانه ينتظم النفس وما دونه وقوله وكذا
المعني لا يختلف لان كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في
الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله بخلاف ما اذا كان
الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض علي البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال
قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مخيرا للبيع والبايع بشرط
الخيار لنفسه اذا عرض علي البيع كان ما سحا للبيع فلم لا يكون المولي بالبيع بشرط الخيار
لنفسه او بالعرض علي البيع مختارا للفدا واجيب بان ثم ضروره لم يتحقق ههنا وهي
انه لو لم يجعل مجيزا او ما سحا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير علي تقدير تقدر الفسخ
في الاولي وتقدير الاجازه في الثانيه واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفدا بهذا التصرف
لم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير ما مر وقوله بخلاف الكتابه الفاسده
بان كاتب المسلم عبده الجاني علي خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفدا لان موجبه يثبت
بنفس العقد وهو تعلق العتق بالادا وكانت الكتابه نظير البيع الفاسد بعد القبض
وقوله فيما ذكرناه قيل يعني في اختياره الفدا وقيل في العلم بالجنايه وعدمه وقوله
ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه حتي صار مهزولا او قلت قيمته ببقا اثر الضرب فهو
مختارا اذا كان عالما بالجنايه لانه حبس جزا منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل

من قيمته ومن الارش الا ان يرضي ولي الدم ان ياخذه ناقصا ولا ضمان علي المولي لانه لما رضي به ناقصا
صار كان النقصان حصل بافه سماويه وقوله وكذا اذا كانت بكرا فوطيها يعني يصير مختارا
للفدا وان لم يكن الوطي معلقا لما قلنا انه حبس جزا منه وقوله بخلاف التزوج يعني لا يصير
به مختارا للفدا لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المصنف بقوله لانه عيب
من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفدا كما لو اقر عليها بالسرقه عالما بالجنايه فان
بعد الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت به اختيار الفدا وفيه اشاره الي
رد طعن عيسي حيث قال التزوج تعيب وبالتعيب يثبت اختيار الفدا كما لو ضرب
علي يدها وعينها وذلك لان التعيب حقيقه يثبت به اختيار الفدا لان فيه حبس جزء منها
واما الحكمي فليس كذلك وقوله وبخلاف وطي الثيب فانه لا يصير مختارا للفدا اما لم
يكن معلقا في ظاهر الروايه لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله في ظاهر الروايه احتراز
عما روي عن ابي يوسف ان مطلق الوطي يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطي دليلا
علي امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا علي ظاهر الروايه وبين البيع بشرط الخيار
فان الوطي هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا
اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطي حراما لانه اذا اختار العقد بعد ذلك ملكها
المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوايدها فيتبين ان الوطي حصل في غير ملكه فللتحرز
عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجنايه يملكها ولي الجنايه من وقت الدفع ولهذا لا يسلم
له شيء من زوايدها فلا يتبين ان الوطي كان في غير ملكه وقوله بخلاف الاستخدام
يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجنايه لا يكون مختارا للفدا حتي لو عطب في الخدمة لا ضمان
عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل علي الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر
لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجنايه فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن
من قضا الدين واسترداد الرهن متي شا فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل
ذلك اختيارا للفدا وقوله في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا
في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقه فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن في
التجاره يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبه الا ان لولي الجنايه ان
يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولي ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان
الغرما يتبعون ولي الجنايه اذا دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله قال ومن قال لعبده
ان قتلت فلانا او من علق عتق عبده بجنايه بوجوب الديه مثل ان يقول ان قتلت فلانا او
رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفدا ان فعل ذلك خلافا لزفر لان اختيار الفدا انما يكون
بعد الجنايه والعلم بها وعند التكلم ليس شي منها بموجود وبعد الجنايه لم يوجد منه فعل

يصير به مختارا واستشهد بالمسلة المذكوره في الكتاب قوله ولنا ظاهر وقوله ولانه حرصه
دليل اخر ومعناه ان المولي حرص العبد علي مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق
اقوي الدواعي اليه اي الي الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعله رغبة منه في الحريه وهذا
دلالة الاختيار وانما قلنا بحرصه لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت
حر ثم جني ثم دخل الدار فان المولي لا يصير مختارا للفدا بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق
بخلاف ما اذا علق بالجنايه فانه علق بها اقوي الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها
ظاهرا وانما قلنا بحرصه بوجب الديه لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن علي المولي شي وانما
هو علي العبد وذلك لا يختلف بالرق والحريه فلم يفوت المولي علي ولي الجناية بتعليقه شيا وقوله
ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتق وسري تبين
ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بنا علي ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو
الفدا وكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال
لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا سري تبين ان المال لم يكن واجبا
وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان
الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل
لا يورث شبهه كما اذا طلق امراته ثلاثا ثم وطيها في العده مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير
شبهه لدار الحد فوجب القصاص بخلاف اذا اعتقه لان اقدامه علي الاعتاق يدل علي قصده
تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم علي تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة
لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضي الاقدام
علي الاعتاق ويجعل المولي ايضا كذلك دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان
بكونه عوضا عن الكثير ارضي وشرط صحة الاقتضا وهو امكان المقتضي موجود ولهذا الوقف
علي ذلك ورضي به المولي صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتدا واذا لم يعتق
لم يوجد الصلح ابتدا والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الي المولي والاوليا علي خيرتهم في
العفو والقتل قوله وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام وذكر في بعض نسخ هذا
الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه المسله علي خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر
في الهدايه وبعض الشارحين عبر عن النسخه الاولي بالنسخة المعروفه وعن الثانيه بغير المعروفه
وقوله الي اخر ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه رد الي مولاه ويجعل الاوليا علي خيرتهم بين
العفو والقتل وقوله وهذا الوضع يرد اشكالا قيل اي الوضع الثاني وهو النسخه الغير
المعروفه وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح
والصلح متضمن للعفو لانه يني عن الحطيطه فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول

لان الدفع

135

لان الدفع ثم ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شي فلا يرد اشكالا
علي مسلة العفو وقيل هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد
اشكالا فيما اذا عفي عن اليد وسري الي النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال
يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر هنا من وجوب القصاص جواب
القياس فيكون الوضعان جميعا علي القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسلة
علي العكس جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسلة العفو وجوب الديه جواب
الاستحسان وفي القياس تجب القصاص فكان الوضع في هذه المسلة وتلك علي القياس والاستحسان
فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا
لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا ويبطل به الجناية كذلك لان العفو
عنها يبطلها فعند ذلك وان بطل العفو بالسرايه حكما بقي موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع
القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجنايه بل تقررها حيث صالح عنها علي مال فاذا لم يمتنع الجناية
لم يمتنع العفو به هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج علي ما ذكرناه من قبل قوله وهو قوله
لان اقدامه علي الاعتاق يدل علي قصده الي اخره وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين
وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت القيمة اقل من الارش وقوله اتلف حقين واضح وقوله
ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة علي الانفراد
كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه
ان الجمع بينهما ممكن ايفا من الرقبة الواحدة بان يدفع الي ولي الجناية ثم يباع للغرما فيكون الاتلاف
واردا عليهما فيضمنهما به والاصل ان العبد اذا جني وعليه دين خير المولي بين الدفع والفدا
فان دفع بيع في دين الغرما فان فضل شي كان لاصحاب الجناية وانما بدانا بالدفع لان به يتوفر
الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفي بالدفع ثم تباع بعده لارباب الديون ومتي بدانا ببيعه
في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه يتجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فايدة
الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا اجيب بان ثبات حق الاستخلاص لولي الجناية
بالفدا بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجنايه لان موجبها صيرورته جزا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا به فاذا بيع وفضل من ثمنه شي صرف الي اوليا الجناية
لانه بيع علي ملكهم وان لم يف بالدين تاخر الي حال الحريه كما لو بيع علي ملك المولي الاول وانما قيد
المسله بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان
عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليايها وقيمة العبد لصاحب الدين لان العتاق بعد العلم
بالجناية يوجب الارش دون القيمة وتقدم وقوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله
فلا يظهر في مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا

قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها ثم ولدت فرق بين ولادة الأمة بعد استدانتها
وبين ولادتها بعد جنايتها في أن الولد يباع معها في الأولى دون الثانية بأن الدين وصف حكمي فيها واجب
في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما
فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم فتسري إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن وأما موجب
الجناية فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها
ببيع أو هبة أو استخدام وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري إلى الولد لكونه
وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية
بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري
يجوز تحوله واعترض بوجهين أحدهما لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها فإن المولى إن أعتقها ضمن قيمتها
ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون إنسان فإنه لا يضمن دينه والثاني أن ما ذكر لو كان صحيحا
لما سرى أثر الدفع إلى أرش استحقته بجناية جنى بها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما أن ولدها
جزؤها وأرشها ليس كذلك فلما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسري إلى ما ليس
بجزئها وأجيب عن الأول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به
حق الغرماء استيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى وإلا لوجب عليه أيضا الديون لا ضمان
قيمة العبد وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين
ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسألة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود
في صورة النزاع فهلا اعتبر أن الإتلاف هناك لا في محل يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة
النقض فإن قلت إذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني بأن الأرش بدل
جزء متصل بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الأجزاء بعوض قام العوض
مقامه كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف
الولد فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدل عن جزء وقوله وإذا كان العبد لرجل صورته المذكورة
ظاهرة وذكر في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله
وأثر العبد يعني من كل الدية لأنه من مسقط فيها وأثر المولى لأنه لم يدفع عليه بعد الجناية اعتبارا حتى تصير
به مختارا للفداء إن علم بذلك أو مستهلكا حق المجني عليه إن لم يعلم وذلك لم يكن له سبيل على
أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى شيء ولا على العاقلة إلا بحجة قوله وإذا أعتق العبد
يعني إذا أعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت
حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه
إذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء واعترض بأن العبد
قد ادعى تاريخا سابقا في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب

بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار وههنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل
أن تخلق أو أخلق وقوله كان القول قوله يعني مع يمينه وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأنه منكر
للضمان قال ومن أعتق جارية ثم قال لها هذه المسألة أيضا بناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية
للضمان ومعنى قوله إلا الجماع والغلة أن يقول لها جامعتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي
وقالت بل كان بعد العتق كان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال
محمد لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه فإنه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في
يده واختلفا فيه على هذا الوجه فإن الرد فيه مجمع عليه بناها محمد على الأصل المذكور وأجاب عن تخلف
الشيء القائم بعينه بأنه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التمليك عليه وهو
منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون
القول له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف
الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة
لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فإنه بمنزلة
ما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا
وأرشا وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء
على أن حبس العضو المتلف إن كان صحيحا حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا أن
موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول إلى المال فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق
واعترض بأن ذلك فيما يجب فيه القصاص كما إذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وهنا العين بالفقء
لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور وأجيب بأن المراد هنا ذهب به نورها ولم تنخسف
والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مسلم ليس له تعلق بما
نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بيانا لمسألة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال
حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذته مني
وأنا مسلم فإنها على الخلاف كذا قيل فإن صح ذلك فوجه محمد أنه أسند إقراره إلى حالة معهودة
منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذه ديانة فقد أقر
بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه يكون
القول قول المولى وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما إذا
أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها
وقد أسسوا على أصلين أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر
أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول بالاتفاق
والوجه الثاني مخرج على الأصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الأول وهما على الثاني وقوله

واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله على ما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره قبيل
فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطا الزيادة لانه يتخلص
عن عهدة الضمان باعطا الاقل من الفدا او قيمة العبد لانه انما اتلف بامره ما هو الاقل منهما قال
واذا قتل العبد رجلين عمدا كلا منهما واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه
لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة واصل هذا انا اجمعوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب
دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق
في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين
ابتدا لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي ان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا
اخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة
لان الحق الثابت في العين اسدا لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين
على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسئلة يقسم ارباع العبد المدفوع لولي الخطا
وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف
فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الاخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت
من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة
ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو
بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في
عشرة الاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة الاف درهم
الفان لرجل والف لاخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول
والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك
يثبت للمشتري في العين ابتدا وقوله واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فسره المصنف
بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبدا
لهما اعتقاه فعفا احدهما بطل حق الاخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة وقالا يقال للعافي
ادفع نصف نصيبك الى شريكك او افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد
مع ابي حنيفة والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من المولين
في نصف القصاص شايعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقي
على اصل الحرية والمولى من دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفى
احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه
في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في
نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه

ربع

٦

بربع الدية ولابي حنيفة ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه
فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في
نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال
لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلال كثيرا والتعويل على المسموع فصل لما فرغ
من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول رجحا لجانب الفاعل ومن
قتل عبدا خطا فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له
بعشرة الاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها بخمسة الاف الا عشرة عند
ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابو يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا وهو قول الشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت
ولو غصب عبدا قيمته عشرون وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل
المالية وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد
الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض بقي العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا ان بقي العين او
بدلا ان هلكت وصار كقليل القيمة وكالغصب واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح
لجانب المالية على الادمية لان المالك واجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا يماثل
النفس ويماثل المال ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال ان الله
تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطا حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه
معنى الادمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والادمية اعلاهما الا انه
فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الادمية اصل
لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع
بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب
الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب
عن قولهما وكالغصب وقوله وبقا العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قليل
القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله اثر عبد الله بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن عباس
وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر
النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة
ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي اليه العقل
وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته ما اتلفت وكان محمولا على انهم
قالوا بالراي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله
لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف
ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يتعلق بالقصاص

ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يودي الي ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الي ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة بدل الدم على ما قررنا اشارة الي قوله ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الي اهله وقوله وان غصب امة ظاهرا قال

ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسئلة ظاهرة وكذا تخريج المذاهب وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته يمنع القصاص وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل اي في وجوبه على وجه يستوي لا في اصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر الاستيفاء وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لاخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الي بدل فلا يملك ابطال حقه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الاخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يجوز بهذا عمن قال لا جرالك على الف درهم من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البدل والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب كذا في التقرير وفيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البدل وهو راجع الي الاول قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل اخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا ترى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطا فلا اشكال وان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وانقطاعها يبقي الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمنع القصاص كانه علله بانه سماويه فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الي حقيقة

الجناية

138

الجناية وهو القتل لانه اذا سرى سراية الجناية قبل لا قطع ولهما انا تيقنا ثبوت ولانه الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه لان المقضي له وهو المولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد وارث سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية الي اخره فان الحكم فيها يختلف لان ملك العين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين يثبته تبعا ولو ابتغاه لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع السراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطا دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الغرض انه لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا تزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا او خطا فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان قطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر فمات احدهما او قتل تعين العتق في الاخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة صادفت المعين فهما مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما تعين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان

واحد فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة ان لم يكن له وارث غير المولى فظاهر وان كانت فلكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لا محالة لانه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين كانه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا يتعين ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يذكر في المبسوط ان ذلك للمولى او للورثة وقيل هذا اولى لو سوا النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى نازل في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف واذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين وقوله ولان القياس معطوف على ان في قوله والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة العتق من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو لذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واحتماله ولانه النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس لانها محل العتق دون الاطراف لانه ان جعلها حرا تبعا فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس **قال** رحمه الله ومن فقأ عيني مملوك • هذه المسألة تسمى مسألة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي كما ذكر وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده متعذر لانه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسلك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات وكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس وما اورد من الاستدلال على الشافعي شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال ولهما اي

لأبي

لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يخير المولى على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الى آخره وبين الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا الى آخره وهو واضح وقوله ثم من احكام الاولى اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كامل بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما في فقء عيني الحر ولا يتملك الجثة قوله ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويتملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر الى المالية ليس له ان يأخذ كل بدل العين مع امساكه الجثة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قالا الغاء جانب الآدمية حيث جعلناه كالثوب المخروق وفيما قاله الشافعي رحمه الله الغاء جانب المالية اصلا حيث جعله كالحر في فقء عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الآدمية والله اعلم

فصل في جناية المدبر وام الولد • لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو القن ثم ذكر المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا تأخر ذكرها عن ذكر المدبر

قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر على سبيل في ما الدون عاقلته حالة لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان امير الشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكر في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكر في المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين ثم قتل آخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته العين ثم الف من هذا لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى عليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فتسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق له في هذه الخمسمائة

لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسماية بين الاوسط والاول
يضرب فيها الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسماية
الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة الاف لانه ما وصل اليه شي من حقه ويضرب الاول بعشرة
الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار الماخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب
بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسماية بينهم على ذلك وقوله فلا شي عليه اي
على المولى لانه ما التزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شي وقوله
وان دفع قيمته بغير قضا فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شا اتبع المولى بنصف القيمة
في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شا
اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا شي على المولى لانه ليس بجان
في الدفع لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار
كما اذا دفع بالقضا انه فعل بنفسه عين ما يامره القاضي به لو رفع اليه فتكون القضاء
وغير القضا فيه سوا كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع
والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض
وهو ولي الجناية الاولى فقبض حق ولي الثانية ظلما والرجوع على الجاني جايز فيخير في
الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي
الجناية ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية
كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية
وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق وليا الجنايتين
سوا فجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع
القيمة بغير قضا كان للاخر الخيار فكذلك هاهنا وقوله عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبهة
التاخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان نعمل بشبهة المقارنة
في حق تضمين نصف المدفوع ولهذا جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع
بغير قضا لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء
لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر وقوله واذا اعتق المولى المدبر

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه
وذكر حكم من يلحق به قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر في هذه المسئلة
ان غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها والفرق
بينهما ان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية فيجب قيمته اقطع
ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني وكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير
مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فبرا الغاصب عن

الضمان

الضمان واعترض الامام قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم
يملك البدل على الغاصب بقضا او رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما تبدل
الملك به اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا قال نص عليه في اخر رهن الجامع والباب الثاني
من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد
على ما لم يتقوم في العقد سبب الضمان فلا يبرا عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشي
انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار
السراية ثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما
دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان
وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا تثبت على الشي
الواحد يدان حكميان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانا لا يصلح الا معارضا والترجيح
وقوله واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مواخذ بافعاله يعني في حال رقه واما في اقواله
فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يواخذ
به في رقه وانما يواخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا واضح وقوله من
غير ان يصير مختارا للفدا لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر
في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه
الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله فيصير ظاهر وقوله فصار كما اذا
استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده
فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى ان ياخذ من الغاصب نصف
قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه اي النصف الماخوذ من الغاصب الى ولي الجناية
الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع
الثاني والرجوع الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى
على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يودي الى اجتماع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد وكلا بتكرر الاستحقاق والجواب ان المولى ملك ما
قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية
دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول
في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا
وجد شيا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه ليتم ما حقه واذا اخذ منه
يرجع المولى بما اخذ على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب
واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب
ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد اعتقدت

موجد لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع قال وان كان جنى
عبد المولى فغصبه رجل هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره
وهو بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله بينها وبين المسئلة المتقدمة انه متى دفع نصف المقبوض
من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لم يعود الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت
الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية
دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم
بالدفع جمع بين البدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه
المسئلة في العبد بعدما وضعه في المدبر وكلامه فيه واضح وقوله ومن غصب مدبرا فجنى عنده
جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ رحمهم الله في
هذه المسئلة خلاف محمد رحمه الله ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على
الغاصب ولا ياخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية
الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح
لان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا اقره فخر الاسلام رحمه الله
وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في
الكتاب لكن قوله اما في هذه المسئلة فيمكن ان يحرج فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت
في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل
الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه وقوله ومن غصب صبيا حرا اي ذهب
به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشي
بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه ظاهر خلا انه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب
مكاتبا او نقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان مع التعدي في التسبب فيه موجود
واجيب بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية توجيهه فكان كالحر
الكبير والحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل
الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شي من ذلك اجيب بان حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده
ولم يمكنه التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان
على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه
مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر
الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال واذا اودع صبي عبدا
فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ولو اودع عند صبي مالا فاهلكه فان كان بغير
لا ضمان عليه بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع
وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال
ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وهو تقسيم حسن وقوله وهذا يدل

على

141

على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعده فيه فخر الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير
هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي على خلاف
هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا لا يضمن
في قولهم جميعا وقوله وكذا اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن
المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره
ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح وكل من اتلفه لا يجب
الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله في يد مانعه اي من الايداع
والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعه عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق
النظر لانه اوقع ماله في يد يمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة
غيره مقام نفسه في الحفظ ولم يوجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه
فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظر لان اقامة غيره مقام نفسه
لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن
ان يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف
يضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على
هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك الضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام
نفسه يستلزم اما ولاية المقيم على اقامة مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه
كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شي من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان عصمته
لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له
ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط
وليس للمولى ولاية استهلاك عبده ولا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط
منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف ساير الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز
تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اذا اودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن
ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحلم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يقبل
الاتلاف من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لا يملك خنقها من حيث انه تضييع وكان
كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال
دون غيره يعني ان المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن
غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان باب القسامة لما كان
امر القتيل في بعض الاحوال يوول الى القسامة ذكرها في اخر الديات في باب على حدة
وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد
فيها قتيل به اثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود
القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم

وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية
ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى
الخطاء ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل
عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سياتي قوله يتخيرهم الولي
اي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند
الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر بنفسه
فيجتري على اليمين بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه اي مذهب
الشافعي رحمه الله كمذهبنا غير انه لا يكرر اليمين وقوله ولان اليمين يجب على من يشهد
له الظاهر يعني كما في سائر الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون
اليمين حجة له ويبقيه كالاملاك والمحد وقوله لانه يمين وليس بشهادة يحترز به عن اللعان حيث
لا يجوز اللعان منهما لما ان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل
ادائها وقوله واذا حلفوا قضي على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلاث سنين
وقوله تبريكم اليهود بايمانها قصته ان عبد الله بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا
في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر
يتشحط في دمه فجاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو
اخ القتيل ان يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او
محيصة وهو الاكبر منهما واخبر بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى
اليهود قال عليه الصلاة والسلام تبريكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم
كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال عليه الصلاة والسلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم
فقالوا كيف يحلف على امر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله
عليه الصلاة والسلام تبريكم اليهود بايمانها على انه لا دية بعد الحلف والا لما كان
تبرئة ووادعه قبيلة من همدان وقوله يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي في
كتاب القدوري اشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم الى اخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة
والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على اختلاف مضى في
كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه حيث قال من ادعى قصاصا على غيره فجحد
استحلف بالاجماع الى اخره قال وان لم يكمل اهل المحلة خمسين واقاليه اي
الى اليه واهل اللغة يقولون واقاه ولم يذكر الانف وحكمه حكم الدبر وذكر
وذكر الفم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه واما اذا نزل من راسه
الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام رحمه في شرح الزيادات وكلامه

ظاهر

ظاهر وقوله ولانا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر
وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف الاخر
فتكررا القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي
ان يجب القسامة اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك
بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجب بالبدن بطريق الاولى
فلزم التكرار وقيل كان ينبغي ان يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد
دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية تستلزم
ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان
على القطعتين تتكرران في خمسين نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور
وعدمه وقوله لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع
دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل
عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل
ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها
تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف
الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب
وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة
القتل وهو الاثر واذا الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل
ميتا ولا اثر به ولا يجب فيه شي لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير
ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شي فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد
السوال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال
وما يسلك به مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب
ان يقال الظاهر ههنا ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القائل عدم حريته
واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل ابن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام انسجع كسجع
الكهان قوموا فدوه قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل اذا وجد القتيل
على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها
او لم يكن وكذا اذا كان قائدها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره
فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيل في ايديهم فصار
كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق من هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل
في الدار فان الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا او لم
يكونوا وهناك على الملاك لا على السكان واجيب اولا بانا لا نسلم ان الدية
لا يجب على مالك الدابة بل يجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة

مالك معروف وانما يعرف ذلك بقوله القائد او السائق او الراكب واما اذا كان لها مالك معروف
فانها يجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي
في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم يكن والفرق
ان العبرة في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا ينقطع
عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والراي والتدبير اولى من بيده الدابة لزوال
يد المالك عنها بالاجارة او بالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله
وادعه وارحب فصيلتان من همدان وما بعده ظاهر وقوله ولا يدخل السكان في القسامة
مع الملاك يشير الى اختلاط الملاك بالسكان قوله وهو قول محمد رحمه الله يشير
الى ان محمدا ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين
ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب وقال
ابو يوسف يعني آخرا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله هو على اهل الخطة
دون المشترين الخطة المكان المختط للبناء او غيرها من العمارات ومعناه على اصحاب
الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه
يخط خطة ليتميز انصباؤهم والضمير راجع الى المذكور اي المذكور وهو وجوب القسامة
والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا
حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني ان اصحاب الخطة في كل محلة
هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز
ان يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد
قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية
بالاجماع وفي المحلة وجبا القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل
واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف
ان المشترين قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير والقيام لحفظ المحلة وليس
في حق الدار كذلك فانه في عمارة ما استتر من الدار واجارتها واعارتها هما متساويان
فلذلك في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو
المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني
على قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما او خلصت لهم على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى
وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله او يزاحمهم يرجع
الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا وجد القتيل في دار يعني اذا وجد القتيل في
دار يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي
القسامة روايتان ففي احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا
يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة

عليه

عليه ومن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه محمول ذلك على رواية وهذا على اخرى
وحكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي يوجبها على صاحب الدار
محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي يوجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا
والمذكور في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية
فتاوى العتابي وما بعده ظاهر قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها
قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان
ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ باليد والملك سببها
وقالا ولاية الحفظ يستفاد بالملك فاذا وجدا في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما
الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما
اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان
يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهو اي المذكور وهو الدية على عاقلة
البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير
له ودليلهما واضح وقوله ولهذا اي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت
الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كانت
له يد وكذا دليل ابي حنيفة رحمه الله واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد
به لانه غير مندرج في دليله وذلك لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد
اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان اصالة ويد
المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر قيل ما الفرق لابي حنيفة رحمه
الله بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى
والجواب ان صدقة الفطر مؤونة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان
بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده
دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار
لصاحب اليد وقالوا انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى يشهد الشهود
انها للذي في يده ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع
ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رحمه الله لليد لان اليد المعتبرة عنده
هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله واللفظ
اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل اربابها
اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة
على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ان السكان تدخل في القسامة مع الملاك
ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره

في الكتاب وهو ظاهر قال وان وجد في مسجد محله كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها
قوله فعند ابي يوسف رحمه الله يجب على السكان سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك وقوله
كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال قال في النهاية هو انما اراد به ان يكون
نائيا عن المحال اما الاسواق التي يكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحله فتكون القسامة
والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها
دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف
بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله وقد بيناه يعني في مسئلة وان مرت دابة
بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر
عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء
ما دام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع
انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك
واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فيجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث
الماء بيد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث او مكان اخر دون ذلك فهو
قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به
قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم يسقط
القسامة عنهم يعني والدية عن عواقلهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في بعض
النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه الى اخره وقوله وقد بيناه
من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة
وقوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم
اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر بمعنى كما في قوله صلى الله
عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر
ان قاتله من غير اهل المحله وانه من خصمائه اجيب بانه قد تعذر الوقوف
على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله
لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه
اي في اوائل باب القسامة واوله قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى
قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم
قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في
خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكانه اعظم
من الخباء وقوله فعلى قرب الاخبية يعني هذا اذا نزلوا قبايل قبايل متفرقين اما اذا
نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله وان كان القوم لقوا قتالا يجوز ان
يكون حالا اي مقابلين ويجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى المقاتلة وان يكون

مفعولا

144

مفعولا له اي للقتال وقوله لانا لظاهر ان العدو قتله فكان هذا احوج الى ذكر الفرق
بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محله فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة
والدية كما مر انفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار
الاسلام ولا يدرى ان القاتل من ايهما ترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح
فانهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس
له جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة
والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل
بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله وان لم يلقوا
عدوا فعلى ما بيناه اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا الى اخره وقوله وقد
ذكرناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا
وقوله واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله
فلان غاية ما في الباب انه استثنى من يمينه حيث قال قتله فلان وهذا الاستثناء في
ما ان يكون المقر شريكه في القتل او ان يكون غيره شريكا معه واذا كان كذلك يحلف
على انه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة
اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد اثنان من اهل المحلة عليه انه قتله
قال ابو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضيه
ان يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم
كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة رضي الله عنه انهم جعلوا
خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل
شهادتهم كالوصي اذا اخرج من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام
او بعزل القاضي وقوله وعلى الاصلين هذين يعني الاصلين المجمع عليهما
احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل
شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كان
لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع
وابو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم خصماء في هذه
الحادثة بوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر
رضي الله عنه وانما اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى الولي القتل
على غير اهل المحله لا ينتفي ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم
خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم
فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله يتخرج كثير من المسائل

من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي
في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا
على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة فتقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين
بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله ولو ادعى ظاهر وقوله على ما بيناه اشارة الى
ما ذكر من مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب
القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله
ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقطت القسامة بل فيه القصاص
على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما ان
يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا حينئذ بحيث يجيء ويذهب فان كان
الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة
عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا شيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى
ووجه قول ابي يوسف ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الجرح اذا اتصل
به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما
افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في
حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب
القصاص واجيب بان القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم
له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة
لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت
في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب
ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله
ولو ان انسانا معه جريح الى اخره حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله وقوله
قال في اخره وقد ذكرنا وجه القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة وقوله ولو وجد رجل
قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف رحمه الله قال فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة
رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض
ظاهر او مخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما
ان تكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة
الورثة فلا تنافي بينهما وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان
كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير
الثاني تقديره في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب
من وجه المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة رحمه الله فان الدية
اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم

واجب

واجيب بانها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث عنه
وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له ثم اعلم بانه رحمه
الله صنع مثل ذلك في ذكر الدية في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكر
الدية في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة رحمه الله اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم
وجوب الدية وهو احسن من بعض المشايخ رحمهم الله فان القسامة لم يذكر في الاصل واختلف
المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فمنهم من قال لا تجب لانها تختص
بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان
يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثم من يعلم بحاله واختاره المصنف
رحمه الله واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية
وما الطفه محررا بل الله ثراه ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في
دار كالنقض على ما ذكر اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهور الى اخره يعني انه صار دم
المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات
عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه ومن قتل
نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم
قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل
فيجب فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر وقوله كما اذا وجد
قتيل في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله قال
المتاخرون اي من مشايخنا رحمهم الله ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير
الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل ان شاء الله تعالى وانما دخلت
في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة بتقدير وحيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها
دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل يجب
على الرجال فلا تدخل في العقل ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير
في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها
فذكرها واحكامها في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم
وضم القاف وبين معناها وقوله وكل دية مبتدا وقوله على العاقلة خبره
وقوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح او الاقرار
فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية بتاويل العقل
وقوله وقد ذكرناه يعني الدية بتاويل العقل وقوله وكذا الذي تولى شبه العمد
وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله وفي ايجاب مال عظيم اجحاف فسر
الاجحاف بقوله واستيصاله وقوله انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حاله الرمي في التثبت

والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله كتب اساميهم في الديوان الديوان الجريدة
من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروي ان عمر رضي الله عنه اول
من دون الدواوين اي رتب الجرايد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوا
اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطاياهم العطا اسم ما يعطى والجمع اعطيه
والعطايا جمع عطيه وهو بمعنى العطا وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير
معنى جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله بالحلف الحلف
بكسر الحا العهد من القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولا الموالاة
وقوله والولا اي ولا العتاقه وقوله والعد هو من العديد وهو ان يعد فيهم
يقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر
من ثلاثه اي ثلاث سنين او اقل مثل ان يخرج عطايا لهم الثلاث في ست سنين
يوخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطايا لهم الثلاث في سنة واحدة
اخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون الماخوذ
منهم من الاعطيه وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سوا كانت في اكثر من ثلاث سنين
او في اقل منها وقوله وتاويله اي تاويل كلام القدوري رحمه الله فانه اطلق ذكر
الثنين وانما يوخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضا فيكون المراد ثلاث سنين
في المستقبل فلا بد من التاويل وقوله لما ذكرنا اشارة الي قوله لان الوجوب بالقضا
وقوله واذا كان جميع الدية واضح وقوله ولنا ان القياس ياباه اي القياس يابي
ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهو لا
يتناقض والشرع ورد به اي بايجاب المال موجلا في الخطا فلا يتعداه فان قيل
هذا ليس في معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب
بالقتل ابتدا والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمه وكون التاويل للتخفيف حكمة
لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل
بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الي القاضي وتحقق العجز عن استيفا النفس
لما فيه من معنى العقوبه تحول الحق الي القيمة بالقضا فيعتبر ابتداوها من وقته
اي من وقت القضا كما في ولد المغرور فان قيمته انما يجب بقضا القاضي وان كان
رد عينه قبل القضا متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الي القيمة بالقضا
لما تحقق العجز عن رد العين نحو ان هلك الولد قبل القضا لم يضمن المغرور
وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضا على ما نبين وقوله وهذا
اي قول القدوري رحمه الله لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها
اشارة الي انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الديه سبعة او اثنى عشر وليس كذلك فان
محمدا رحمه الله نص على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية على ثلاثة او اربعة فلا يوخذ

من كل

من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه بعض
مشايخنا رحمهم الله مما فهم من اشارة كلام القدوري ذكره في المبسوط وقال وذلك غلط وقوله ضم اليهم
اقرب القبايل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت انسابهم فامكن
ايجاب العقل على اقرب القبايل من حيث النسب اما في حق العجم فلا يستقيم لان العجم ضيعوا
انسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على اقرب القبايل من القاتل نسبا فبعد ذلك اختلف المشايخ رحمهم الله
فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله
بين الكل يعني الابا والابنا وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المساواة وقوله
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية والرزقة ان العطية ما يفرض
للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقرا المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر وقوله وادخل القاتل
مع العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شي عليه من الديه عندنا ايضا
كما لا يجب عند الشافعي رحمه الله قال وقال ليس على النسا والذريه ممن كان له حظ
في الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شي عليهما من الدية
قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل العاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امراة حيث
ادخلها المتاخرون في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتله
حقيقه وهناك تقديرا قاتله بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المراة شي من الدية
وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شي منها وهي قاتلة تقديرا اولي لانا نقول القسامة يستلزم وجوب
الديه على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عند بالاستقرار وقد تحقق الملزوم فيتحقق
اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب يبني على ايجاب القسامة
عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الي ان قال ولا امراة وعبد
ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما القسامة عليها تكرر
الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل
اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمراة
والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها
فيجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها تخصها وتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت
على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان اهلا لها مدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد
والمراة واذا وجبت على واحدة تعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن
لا فلا فتدخل المراة والله اعلم وقوله والفرض لهما من العطا جواب عما يقال فرض الامام
ليسا الغزاة ودراريهم من العطا والعطا انما دفع لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة
عواقل لغيرهم فكذا النسا ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة اي معونة
الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا وقوله
قيل هو صحيح الضمير راجع الي قوله لم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان

هم من اهل المصر وقوله فصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة بعني ان للولي الابعد ان يزوج اذا
كان الاقرب غايبا وقوله لا يتمانى المعاني العاصمة كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب
الديه وقوله فالدية في ماله في ثلاث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل
غير موجوده من الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بينهما بخلاف المسلم فان ديته على بيت
المال اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجي وقوله وتمكنه من هذا القبيل
ليس بنصرهم اي ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل
مبني على الموالاة وذلك يبعد من عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم
اوليا بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهر الا الفاظا نذكرها وقوله وعاقلته
اهل الكوفة الواو للحال وقوله لكن حصة القاتل تؤخذ من عطايه بالمصر بعني وان كان
بعد القضا وقوله بخلاف ما اذا املت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضا ومعناه
لا نقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من اهل
الكوفة بخلاف ما اذا اقلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبايل في
النسب وان كان بعد القضا مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضا
الي اقرب القبايل وقد ذكرت الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول
فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم
الاول لا ابطاله وقوله لكن تقضي ذلك الي الابل من مال العطا بان يشتري
الابل من مال العطا قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح وقوله
ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لان القصاص لا يجب في عمد ما دون النفس
ارشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية في دون النفس
فاما بدل النفس فتتحمله العاقلة وان كان اقل من نصف العشر الا ترى ان القتلة
اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان يصيب كل واحد منهم ما بلغ درهم
لانه بدل النفس ولذلك لو قتل عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه
تتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص وان تحمل فيما دون النفس
ثابت بعلة النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل
لان النص ولا علته فيجب في ماله وقوله ولا عبدا قال ابو عبيد اختلفوا
في تاويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد
ابن الحسن رحمه الله انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه
شي من الجناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه
ثم قال وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون
العبد يجني عليه بقتله حر او يجرحه بقول فليس على عاقلة الجاني شي انما
ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى

القول

القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جايزا يذهب
الي انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا
يعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته
وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في
ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان
عقلته تستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم
لا تعقل عاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدل على ذلك لان معناه
عمن عمد وعمن صالح وعمن اعترف وعلى هذا فقوله بعد هذا ولا يعقل العاقلة جناية العبد
اضافة المصدر الي فاعله واما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطا كانت على العاقلة وقوله
ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا
وقوله فهو الثابت بالاقرار اولي يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان
الثابت بها كانت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضا القاضي فهذا
اولي وقوله وتصادقهما حجة في حقهما لان احد المتصادقين ولي القتيل ومن زعمه ان
الدية انما وجبت لا على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول اراد به
قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار
في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما
بقضا الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ونوقض بما قيل لما كان اصل الوجوب
عليه وقد تحول عنه الي عاقلته بقضا القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم
عاد الدين الي ذمة المحيل اجيب بان هذا التقسيم فيما اذا كان اصله دينا لدفع
التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول
عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضا القاضي لا يتحول اليه بحال سوا استوفى
من العاقلة او لم يستوف وقوله وقد مر من قبل اي في اول فصل بعد باب جناية المملوك
وقوله قال اصحابنا رحمهم الله ان العاقل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال
يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة والنصرة بالولا
وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم ادت الكتابة اي فانه حينئذ يرجع
قوم الام على الاب وقوله والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل
حكما فانتقل ولاه الي ولا سبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضى بها القاضي او لم يقض
كالمولود بين حر وعبدة اذا جنى ثم اعتق الاب لا يتحول الجناية عن عاقلة الام لان هنا تبدل
حاله بان انتقل ولاه عن موالي الام الي موالي الاب وكالغلام اذا حفر بئرا قبل ان يعتق
ابوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما عتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة

الام ولا يجعل على عاقلة الاب شيا لان الحادث بعد الحفر ولا العتاقة فتعتبر
بالملك والحفر لو وجد في ملك ثم حدث ملك اخر للغير قبل الوقوع فان الجناية
لا تتحول الى الملك الحادث بل يبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر
بيرا في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع
في ملك المشتري انسان فمات فالضمان على البايع لا على المشتري لان ملك المشتري
حادث بعد الحفر فكذا الولولا الحادث بعد الحفر لا يعتبر به ولا يتحول الجناية
وان ظهرت حاله حصه مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى
وقع القضا بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكما اذا مات المكاتب عن
ولد حر ووفا فلم يود وامكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امراة حرة مولاة لبني
تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم امه ثم ادت المكاتبة
فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند ادا
البدل يستند الى حال حيوته فتبين انه كان للولد ولا من جانب الاب
حين جنى وان موجب جنايته على موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي
الاب ولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت
القضا كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل
وان كانت العاقلة واحده فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل
القضا وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضا عليهم وبعد اخذ البعض
منهم ضم اليهم اقرب القبايل نسبا وقد تقدم وقوله الا فيما سبق ادا او استثنا
من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الدين ادا وانقل ضم اقرب
القبايل اليهم والله اعلم **كتاب الوصايا باب في**
صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه ايراد كتاب الوصايا
في اخر الكتاب ظاهر المناسبة لان اخر احوال الادمي في الدنيا الموت والوصية معاملة
وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان الجناية قد تفضي
الى الموت الذي هو وقت الوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في
الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات
وشرايطها كون الموصي اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية
وان لم يولد واجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي
شيا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصي سوا كان موجودا في الحال
او معدوما وان يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان
وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها ولما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون تملك
الموصى به ملكا جديدا كما بالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام

نفسه كالوارث وصفتها ما ذكر بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فقوله غير واجبة رد لقول
من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية
واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت
ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي
الوجوب قال وهي مستحبة والقياس يابي جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو
اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسنا لحاجة الناس
اليها الى اخر ما ذكر في الكتاب وقوله ومثله في الاجارة بيناه معنى انها عقد يابى القياس جوازها
لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد تبقى
المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصى بها او دين الى اخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو
بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية بهذه
الاية وقد ذكر الامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله في اصوله وقررناه في التقرير بان الله تع
رتب المواريث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين
فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذا الوصية عليها وبين بان هذا المقدار
بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة
دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت نصها ذلك المقدار ودل ذلك على
انتفا وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام
رحمه الله وجها اخر وقد قررناه في التقرير واستدل لها بالسنة ظاهر وقوله وعليه اي
على جوازها الوصية اجماع الامة وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ملك
اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله وسنبين ما هو الافضل فيه اي في فعل الوصية
او في تركها الوصية ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث
سعد بن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الاثار قال
اخبرنا ابو حنيفة رضي الله عنه قال حدثنا عطا بن السايب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص
قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت
فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون
الناس وقوله وهذا لانه ظاهر والضمير البارز في قوله لم يظهرها واظهرها للاستغنا
وقوله تحرزا عما يتفق من الايثار اي احترازا عما يوجد من تارك البعض وقطيعة الرحم
بسبب ايثار البعض على البعض على ما سنبينه يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد
جا في الحديث الحيف في الوصية بالحا المهملة وسكون اليا وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون
المفتوحتين وهو الميل وقوله الا ان يجيزه الورثة استثنا من قوله ولا يجوز بما زاد
على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته

وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم
متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لا نسلم عدم مصادفة
المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر
انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني
ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة
اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا
الى اول العقد والغصب وهنا يعني فيما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله
فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل اخر تقريره حقيقة الملك للوارث يثبت عند الموت
لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة
وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا للوهم من
يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث
في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر
اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث
اذا عفى عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد امرين اما ان لا يلزم من الاستناد
من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم
يتحقق السبب والجرح سبب الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة
وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما
ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة
وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضا ببطلان الحق
لا يكون رضا ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات
وفيه لا رجوع فكذلك فيها ووجهه انه قد عرف ان ثم حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة
لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله وكذا ان كانت الوصية للوارث
ظاهر وقوله وكلما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ووجه قول
الشافعي رحمه الله ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير
قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض ولنا ان الموصي صدر
منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي
وقوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب للخروج
عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله وليس من شرط القبض دليل كونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان
القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن في كون السبب صدر
من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله واجازة المرتهن رفع للمانع وعورض بان الوارث
ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته

واجيب

واجيب بان الوارث كان له حق اسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق لما البد يعتبر من الثلث
وان لم يكن تمليكا كالعتق والغاية تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة
صحيحة وتصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان
التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة قال
ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لا يجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان او خاطئا لقوله
صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان
حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان
القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركهم في هذا
المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل الشيخ
عن جهة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي رحمه
الله يجوز الوصية للقاتل مطلقا لانه اجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف
بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي يبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه
في الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه
لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتاخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض
عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال
ثم واجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام
رحمه الله ان المعتبر في كون الموصى له قاتلا وغير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت
لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل موخرا عن الوصية واعترض بنقض
اجمالي بان ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي
لا تصح للقاتل اجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد
ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق
الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية
للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لان
جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة الى اخر ما ذكر في
الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في
الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة
العبد والوصية من جهة العبد فيعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع
للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله ولانهم لا يرضونها اي الوصية للقاتل
كما لا يرضونها لاحد اي لاحد الورثة وفي الوصية لاحدهم ان اجازها البقية نفذت
فكذا للقاتل وقوله ولا يجوز لوارث اي لوارث الموصي لقوله عليه الصلاة والسلام
ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض الى اخر ما ذكر في

الكتاب وقوله بالحديث الذي ر وبناما شارة الي ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده ،
في العطيه وقوله يعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت ذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله ولو وصى
لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن ،
فان كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث ،
مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام ،
وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصيه بنا وبل ،
الايصا والمذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار
وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان
كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا بيان ذلك في
مريض اقر لابنه العبد فاعتق ثم مات الاب صح الاقرار لان وارثيته بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان
عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل لصيرورة الابن وارثا بسبب حادث
ولو اقر لاجنبي وله ابن ثم مات الابن قبل حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قايم وقت
الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره رحمه الله وارى ان اطلاق المصنف يغني عن
ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار
لكونه محروما فلا يكون اقرار للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا
والاقرار للوارث باطل وقوله الا ان يجيز الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء
فيما روينا من قوله عليه السلام الا لا وصية لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اي لحقهم الذي هو تاذيهم بايثار البعض
دون البعض وبالتنصيص على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلث اذا لم يجيزوا
لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي وقوله ولو اجاز بعض ظاهر قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر وصيته و
المسلم للكافر الذمي وعكسه جايزة فاما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية
نفى النهي عن البر اليهم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهي عنه واما الثاني فلما ذكره في الكتاب واما الوصية
لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز
الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية
الحربي بعدما دخل دارنا بامان فانها جايزة لان له ولاية التمليك ماله في حياته فكذا بعده وفانه خلا انه لا فرق
بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث بحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن
الابطال وورثة الحربي ليس كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكره في الكتاب
ظاهر والقبول ليس شرطا لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه
بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتمليك الغير فاعتبرنا
شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه
الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان ،
وان مات الموصى له من غير رد وقبول ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثته

الموصى

الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصل دات
التعليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله صلى الله عليه وسلم ان تدع عيالك الحديث
ومعناه ورثتك اقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم من الوصية وهو مروي عن ابي بكر
وعمر رضي الله عنهما قالا لان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب
الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو الذي ولي كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع
وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان في
التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم
لنا الكلام عليه قبل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بعيب صورته ان يشتري المريض شيئا ويوصي
به لرجل ثم مات الموصي فوجده الموصى له معيبا فانه لا يرده على بايعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي
بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو
كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث ولم
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان شرعية الوصية لمنفعة
الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته
بلا منفعة يعود اليه وامثال ذلك كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول
وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب
وهو قوله تعالى من بعد وصية توصي بها او دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرايض
قال ولا يجوز وصية الصبي كلامه واضح وقوله ولو لم ينفذ يبقى على غيره يعني اذا انفذنا الوصية
كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم ينفذ يبقى ماله
على غيره فكانت الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا
لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه وكانت وصيته في امر
تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال
فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في امر التجهيز وامر الدفن واجيب بان قوله كان
غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقل بمعناه وقوله انه اوصى لابنة عم له بمال لا ينافي
ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي رحمه الله والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي
لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعنده بالمرسل وان كان حجة لكن هذا مخالف قوله عليه
الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم
هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الاية فانها تدل على ان الصبي ممنوع عن ماله وقوله وهو تحرز الثواب
جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة الى قوله الترك اولى لما فيه من الصدقة
على القريب الى اخره فانه يفيد اما فضيلة الترك في الثواب او تساويهما فيه وقوله والمعتبر في النفع والضرر
في الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر
الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون

نافعا بان يطلق امراة معسرة سوها ويتزوج باختها الموسرة الحسنا لكون ذلك من
العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله وقوله بخلاف العبد
والمكاتب يعني اذا قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح لان اهليتها
مستتمة اي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا يصح
وصية المكاتب يعني تنجيزه لا ان الاضافه الى العتق صحيحة كما مر انفا وقوله والخلاف فيها
معروف مر في موضعه يعني في باب الحسب في ملك المكاتب والماذون من ايمان
الجامع الكبير وما عرف هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو
حر فعتق فملك لم يعتق عند ابي حنيفه رضي الله عنه وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك
ينصرف الى ملك قابل للاعتاق وهو ما بعد الحريه ولابي حنيفه ان للمكاتب نوعين
من الملك احدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق
فتنصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله وتجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت
بثلث مالي لما في بطن فلانه وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى
اذا علم انه كان موجودا في البطن وقت الوصية له او به ومعرفة ذلك بان جات لاقل
من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاسبيجابي
في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب
النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خلفه في بعض ماله
بعد موته لا انه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اخوين
فان قيل لو كانتا اخوين لما جاز ردها كما لم يجز رده اجاب بقوله الا انه اي فعل الوصية
او الايصا يرتد بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة
متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا تصح لانه تمليك محض والجنين ليس
بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيا الملك
فيه بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم
وجوده وقت الوصية فان وضع المسالة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت
وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة والقائل ان يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا علم
وجود شي الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله لعرض الوجود
بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بعض الام فاندفع التناقض
وقوله بانه واسعد الى الحزم واصح وان اختلج في ذهنك تناقض اخر من سعته لا سات لوجود لجواز الوصيه
وتوجيهه للجواز بصحتها في غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شا الله وقوله ومن اوصى بجارية يعني قال اوصيت بهذه
الجارية لفلان الا حملها صحت الوصيه والاستثنا جميعا لان اسم الجاريه لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع
له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجاريه صح استثناؤه من الجاريه كقميصها وسراويلها
مما يلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى

اليد

ح
بما اذا

اليد او الرجل لم يجز وكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل فكيف صح الاستثنا وهو تصرف
لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تعرى ملك الموصى فيه كما ان قبل الوصية كما
لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثنا ايضا صحيح في تقرير ملكه
في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناول
الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه
يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا اطلق الموصي عن قيد الافراد فاذا افرد الام
لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح قد ذكره في البيوع قال
ويجوز للموصي الرجوع عن الوصيه الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها
بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت
والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول
رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله انواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة
وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد اعلم ان محمدا ذكر في الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع
وذكر في المبسوط انه رجوع ثم مشايخنا من حمل المذكور في الجامع الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع
في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغايب لا يصح لانه من باب المعاوضة
المقتضية معارضة والمذكور في المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة
الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا اوصى الرجل
لرجل بثلث ماله ثم قال للقوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا
اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور ومنهم من قال معناه قد اوصيت لفلان بكذا الا اني لا انكر ان تشهدوا له
بالباطل وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي
وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان
ومنهم من قال في المسالة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد
والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الايمة السرخسي هو الاصح لان المعلى قال في نوادره سالت
ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسالت محمدا قال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار
المصنف واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده
رجوعا ففي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له
نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفا في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك الى ان يوجد ما لم يعدم واذا
كان كذلك فالثابت في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الغرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل
ما هو من ضرورته وهو الانتفا في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان
ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل وقوله ولان الرجوع
اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل اخر وحقيقته ان احدهما مركب من النفي والاثبات
والاخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا مجازا ايضا وفيه نظر من وجهين احدهما انه قال

في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا فات والجحود نفي في الماضي
والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا
لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة
وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان
والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود
النكاح فرقة لعدم مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا
متقابلين ولا يجوز استعارة احدهما للاخر وقوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ
يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره وقوله كما بينا
اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا
جاز والا فلا باب الوصية بثلث المال ۞ لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا
عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد مقدمات هذا الكتاب ۞
قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ۞ ومن اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى لاخر ايضا بذلك فالورثة اما
ان يجيزوهما او لا فان اجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا يزاد
على الثلث حينئذ وليس احدهما اولى به من الاخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب
التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما البينة على نكاح
امراة بطلت البينتان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس واضح وقوله ولا يضرب
ابو حنيفة اي لا يجعل من ضرب في ماله سهما اي جعل ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وصورة
المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر
لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن
له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث ويكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته
وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة
وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة
احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا
من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي
والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين
وللاخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب
بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا
كذلك فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله وللاخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان
ماله لو كثر او خرج له مال اخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث لما في الحالة وهي ما اذا
اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بثلثه ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث
وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت

152

فيما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان
التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما يثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في
ضمن البيع تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك
متساويان فكذلك ههنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله وان احتمل ان يزيد المال
فيخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لاخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا العبد مالا فيصير رقبته مساوية لثلث المال
او يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله لان هناك الحق يتعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى
له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا اخر وحق الورثة ايضا
يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف
الالف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما استفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه
قال ولو اوصى بنصيب ابنه ۞ ومن اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم
يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير
لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثاني وصية بمثل
نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى الحال فالوصية
فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك ان يتصرف في ملكه كيف شاء وجوابه ما قلنا
وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير قوله ولو اوصى بسهم من ماله معناه فله السدس لا يزاد
عليه ولا ينقص منه فان قيل اخس الانصباء اقله والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت
جعله بمعناه بما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي
صلى الله عليه وسلم فيما روي ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال
السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت
اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي
فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع
الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحد منهما
لانه قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس على في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه
ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقال الا له مثل نصيب
احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة ومفزعهما العرف فان السهم يراد به احد سهام
الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد اي الاقل على الثلث فيرد اليه
لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة ما ذكرناه انفا في جواب السؤال من اثر ابن
مسعود وقول اياس وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى اخره مشكل وذلك لانه وقع في بعض
نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين وقال يعني ان

كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان
اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان
مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس وليس كذلك بدليل ما ذكر في الكتاب فان فيه الزيادة
على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس لما تم عملا بالدليلين واما الثانية وهو
قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
وقوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه
ثم يقول ايا ما كان وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان الى السدس واري
ان المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منهما لكون معنى الشيخين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط
وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا
ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين
فان كان هذا مراده فهو جائز تتميمه وان كان غير ذلك فالله اعلم به ووجد المغلد موعه وصورة المسئلة
ما اذا اوصت المراة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الاصل يعطى السدس في قول
ابي حنيفة وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس بجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس
للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل المسئلة مخرج الكسر
وهو اربعة تبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة فهو اربعة وهو سدس المال بقي
عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة
وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطى للموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي
بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره
فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فيخرجه يخرجها وعلى هذا الجامع الصغير
فقس امثالها وخرجها على الروايتين وقوله قالوا اي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم
كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير
غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله
او بطائفة او نصيب او بشيء فالحكم كذلك وقوله واجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا
اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة فائدة فالجواب
ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد الجادم
بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها الثلث على السدس فيجعل السدس
داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا للكلام على ما علله وهو الايصاء بالثلث وقوله والمعرفة متى
اعيدت يراد بالثاني عين الاول قد قررناه في المعتبر مستوفى بتوفيق الله تعالى قال ومن اوصى بثلث
دراهمه او بثلث غنمه • ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو
يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما اي من الهالك
والباقي مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه

عليها

عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد
يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن جمع حق شايع بكل واحد في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة
مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي بعد ما للوصية على الارث لان الموصى له جعل له حاجة في هذا
المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى له فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل
على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف
الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى راس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية
بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم
فكذلك هذا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع
فيها غير ممكن فانه اذا ترك بها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان
الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي
الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو
اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلث ثلثة من رقيقه من جنس واحد اي بثلث ثلثة من الدور فليس له الا ثلث
الباقي لان التركة الدراهم هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة
وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد
الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد
الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على
القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك اي بدون اجتهاد القاضي وجمعه يتعذر الجمع واذا لم بقي وما هو
يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف اشبه
بالفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه جعلها اجناسا
مختلفة وهما يريان ذلك لانهما جعلاها جنسا واحدا قال ومن اوصى لرجل بالف درهم • ومن اوصى
بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين بان كان له ثلثة الاف درهم نقدا دفع الالف منه منه م
الى الموصى له وان لم يخرج بان كان النقد ايضا الفا دفع اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي
الالف لان الموصى له شريك الوارث والاصل في المال المشترك ان يوفى حق كل من الشركا بلا بخس ولا بخس في
حق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول لقصاراه وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين
لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين فان الموصى به العين المال
والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بدين له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك
الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا
له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول ان الموصى به الف اعم من ان يكون مالا
في الحال او في المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير
معين واما في المعين فانا الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعذر قوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وكان صح
والدفع بقوله فلا تزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف

الثلث لوجود المزاحمة بينهما كما قال المالك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه
بموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بجنايته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق
الحي منهما جميع الثلث لعدم المزاحمة عند الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله لان الوصية
عنده للموصي والباقي ظاهر وقوله فالصحيح ان الوصية تصح احترازا عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة
لانه اضاف الى مال خاص بمنزلة المعين قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية
الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل منها ما ذكره
في المبسوط بقوله لو قال بقفيز حنطة من مالي او بثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف
ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرنا ٥
قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده • ما ذكره واضح صورة وتعليلا خلا قوله واصله ان الوصية
لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس ان لا تصح لان الوصية
تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق عليها
وهي امة فلا تستحق الوصية وهي امة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة
الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة
والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد
ليست ادنى حالا منه فكيف لم يصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله
ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية
لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمه وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال
اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها
كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية
ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث
قيد به لذلك احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع من اصحابنا ثم لما كان لفظ
الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك
ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله بعد ذلك في القرآن يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فالمراد بها
الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذا قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل قال ومن اوصى لرجل
بمائة درهم • صورة المسألة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك
يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما
في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة
والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة تقتضي اشتراكه اياهما جملة واحدة وانما ياخذ نصف
كل مائة ولو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة درهم ولاخر بمائتين ثم
كان الاشتراك اي قال لاخر اشركتك معهما فان له نصف ما لكل منهما لان تحقق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت
المالين فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ

معدور

بقدر الامكان وقوله ومن قال يعني لورثته لفلان علي دين فصدقوه يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس
لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته
وقوله فصدقوه يعني فيما قال لا يصلح بيانا لكونه صدقا مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته
اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو
مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصد الوصية لصرح بها اجاب بقوله
وقد يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها
اي يجعل الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء
وهي معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك الى اخره واضح
وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية معنى فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة
على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين
وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه
وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي ابتداء تمليك من غير
ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه بحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت
حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الاخر بحسب صحة السبب وعدمها واما في الاقرار فسببه
الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك
اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا تصادقا
على ذلك او جحد الاجنبي او الوارث ذلك او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا فاصح
في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الاخر
وقالا اثباته مشتركا هو المبطل وقد وجد ولقائل ان يقول بهذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى
الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو العين
المستمرة وهي ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان حصة كل واحد منهما غير متميزة عن غيرها ففي كل جزء من حصته
لشريكه كان يثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك
قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا اي بقاء في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى
الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لانه ليس حصة كل منهما عن حصة الاخر قال ومن كان
له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء • رجل له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء يخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب
منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدرى ايها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك
الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود
وهو اتمام غرض الموصي الا ان يسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما
ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا اشترى يتعلل جانب الجيد وصاحب الرديء وان اشترى يتعلل جانب صاحب
الوسط فله وجه اخر وهو ان يقال ان الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان
الهالك اردى من الباقيين فحق صاحب الوسط في الرديء منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وان كان الهالك

هو الوسط ولا حق له في الباقين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقين في حال ولا يتعلق في حال
فيأخذ ثلث كل واحد يعني صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردي لانه لا حق
له فيه قطعا وصاحب الردي يدعي الردي دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي
لصاحب الردي وقوله واذا كانت الدار بين رجلين ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع
واما قوله هذا ففيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى
المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة اجيب
بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي
على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر هاهنا لان الجبر لا يجري في
المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى
هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله اما لانه
عوضه كما ذكرناه يعني في الجارية الموصى بها وقوله اولانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين يعني في وقوعه
في نصيب الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر يعني في وقوعه في نصيبه وقوله فتصير السهام احد
عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم
للموصى له واربعة للورثة لانه لما صححنا الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم
الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة
وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر وقوله وقيل الخلاف
فيه لمحمد وقوله في الاقرار لهولهما في الوصية والباقي ظاهر **قال** ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف •
ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينها فبلغه فاجاز بعد الوصية اولا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول
جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله ان يمنع وان اجازها لان هذا تبرع بمال الغير الى اخر ما ذكر في
الكتاب وهو واضح الى قوله فيلزمه اقرار استوعبه فيقدم عليه فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه كله
والباقي ظاهر وقوله ولا تخرج عنها بالانفصال كما في البيع يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة
كما تسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فاوصى بهما
وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذا ذكره هاهنا وله ان الام اصل يعني في الوصية والولد
تبع فيه اي في الوصية على تاويل الايصاء وانما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب
الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفذ
الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر زيادة المال لانه يؤدي الى نقضها في بعض
الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله الا انه لا يقابله بعض العوض جواب عما يقال
لا نسلم ان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى النقض في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله فيفوت فيه بعض الحصة
ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل
بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع الى اخر ما ذكره وقوله واذا اتصل به القبض انما
قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بافة سماوية

لا تقابله

لا تقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن **فصل** في اعتبار حالة الوصية هو قال في النهاية
لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة
من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل
متقدم على العارض وقوله واذا اقر المريض لامرأة واضح مبناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له
وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار
تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله لان الاقرار ملزم فيه
تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجه
ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الثاني يتاخر
عنه اي ينفذ حكم الاقرار في حالة المرض يتاخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه
يعني الوصية تتناول الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لان
الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر هاهنا وذكر في باب الاقرار انه
ان لم يكن عليه اي على العبد دين يصح الى اخر ما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج المقعد من لا يقدر على القيام
والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل
وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعا من طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت
فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو
تصرف عندما اصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من ايامه لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى
فيكون مرض الموت **باب** العتق في المرض • الاعتاق في المرض من انواع الوصية
لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل
ومن اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح وقوله المراد الاعتبار من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار
من الثلث لا حقيقة الوصية لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال الاجنبي
خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك بخمسمائة من الثمن
سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله وما
نفذ من التصرف اي نجزه في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من
جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله
وقوله فان حابى ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بالف واعتق عبدا يساوي
الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان ابتدأ بالعتق فهما سواء عند ابي حنيفة ففي الاول يسلم العبد للمشتري
ولم يبق من الثلث شيء الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصان في مقدار
الثلث وقالا العتق اولى سواء قدم المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويتخير
المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد
وادى كمال قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله الا العتق الموقع اي المنجز لا
المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم

[illegible]

وقوله كالتدبير الصحيح احتراز عن الفاسد مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم جاء سبحي وقوله والمحاباة
في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله وغيره يلحقه اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ
كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله فيستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله
لهما في الخلافية وهي التي يقدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا ترى انه
اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا
وقوله لانها تثبت في ضمن المعاوضة يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا معناه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه وقوله قسم الثلث بين المحاباة
نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان فيه
بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم
عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا
حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من التقدم يقتضي الترجيح ليستدعي ان يعد الاول ثم الثاني
والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه
وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا
كان كذلك بعدناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما حكم الوصية وهما نادرتان فاستويا كذا في النهاية
وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت
لم لا يقسم بين العتقين ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق
الثاني فلا تكون مساوية لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول
شاركه فيه العتق الاخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة
تمام حقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على
صاحب العتق الثاني ثم لو كانا ولم يكن معهما عتق اخر وعدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه
لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سوا في الثلث فيؤدي الى الدور وان
نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين العتقين بنصفين لاستوائهما قال
وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح وقوله وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة قال الامام
الكسائي الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب لانه
ثبت بالدليل انه حق العبد عند حلف المستحق اذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة الى الورثة
وقوله ومن اوصى بعتق عبده اي باعتاق عبده وقوله لانه يتلقى الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى
الملك من جهة الموصي لان ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة
لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج به اي بالدفع عن
ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء في
اموالهم اي كانوا متبرعين فيما ادوه به وقوله ومن اوصى بثلث ماله لاخر واضح وقوله وان كان على
المعتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بالدين

الامر

الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الاخر ان لو كان احدهما متاخرا عن الاخر فيمنع المتقدم المتاخر وههنا
لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة فيتساويان معا لذلك
وله ان الاقرار بالدين اي ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثاني ان العتق
لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث
المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق
الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل اخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض
صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم لذلك ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف اذا كان مكانهما الوديعة
لم نظيره الا في الدين ظاهر ثم معهما متحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت
يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله ان حقه ثبت في عين الالف مقارنا لثبوت
الدين في الذمة وعند انتقالهما منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال
له ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة النسخ فصل
قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل
اعلم ان من مات وعليه دين حقوق الله تعالى من صلاة او صيام او زكاة او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر
فاما ان يوصي بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك
وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما
فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله اما ان يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او واجبات
كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او
يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك
ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله وهي فرائض كلها او واجبات كلها
او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة
والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو اهم وان تساوت في القوة يعني
ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصي لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم قال
ان ذهب قول ابي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت ففي هذه المسئلة
حجة لابي حنيفة عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا واما اذا تعدد
المستحق فلا معتبر بالتقدم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لاخر وقوله والزكاة تعلق بها
حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان بمنزلة حقين وقوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يات في الكفارات اما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الاية واما في الحج فقوله تعالى
ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام
ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ترك
كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر باثار
مستفيضة وقوله على هذا تقدم بعض الواجبات على البعض يعني ذلك ان تقدم صدقة الفطر على النذر

لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور يقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في
وجوبها دون وجوب النذور وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر
ان يبتدي بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال ذلك لزم تقديم ما قدم
فكذا هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم
بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب او لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا
ما كان لله وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ويقسم على عددها فانما قال
ثلث ماله في الحج والزكاة والكفارات والنذور يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان
كان متحدا وهو رضى الله فكل واحدة في نفسها مقصودة مفردة كما يفرد وصايا الادميين وان الجميع منها
وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة
فكذا هذا قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح وقوله وقد قدمنا من هذا
(صيغة) وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله ولو انه
يعتق عبد يشترى بمائة الى اخره وقوله ومن خرج من بلده حاجا فمات به لانه اذا خرج للحج حج عنه
من بلده بالاتفاق وسيذكره بعد هذا اهل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن واما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث
مات بالاتفاق لانه لو جهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله لهما ان السفر بنية
الحج وقع قربة الى اخره مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج
لم يبق منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع
ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار وما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق
بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بدا له في ان لا يحج عنه بنفسه بعد ما مشى بعض
الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الموصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى
ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع
لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الانقطاع مستند الى الكتاب — الاطعام صح
فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب
اقوى وان كان دلالة فعارضه والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعارضه وقوله على ما قررناه اراد — قوله صح
به قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الى اخره

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما قبله لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم
مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم قال ومن
اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان
يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال لعل ذلك اهتماما بامر الجار وقوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع
يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرفا الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله
وذلك عند اتحاد المسجد قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقوله وما
روي فيه ضعيف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا الى اربع من اشار
ال

الى الجوانب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب
وقد طعن في راويه قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد — تحته صح
في الزيادات ويبنى على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السكان في الوصية من الجيران الملاصقين وان
كانوا لا يملكون المساكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر [illegible] انه
من محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك والقول
ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يضمه الا اذا اريد بالجار الملاصق سماع الاذان وقوله ومن
اوصى لاصهاره اي لاقرباء امراته قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وانما قال هذا التفسير اختيار
محمد وابي عبيد لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها
يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق بائنا في المرض قوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان يطلق
على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم
من ازواج المحارم من الذكر والانثى كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني ينصرف الى الاثنين
فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين
عند ابي حنيفة وقوله وفائدة الخلاف تظهر في ال ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول
الاول اقصى الاب علي فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر
اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن
قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده اي عند ابي حنيفة يعتبر ما ذكرناه من الاقرب
فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرنا وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى وما
كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله واذا اوصى لاقربائه وله عمان وخالان يعني وله
ولد يحجب ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى اخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة وقوله لانه
لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا
اذا انفرد كان له النصف ايضا واعترض بان هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا
كان معه عم اخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم اخر وحينئذ كان لقائل ان يقول اذا كان عم واحد كان
له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال له الربع او الخمس عند
انفراده على تقدير ان يكون معه ثلاثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار
الجموع ساقط لتعذر تعيين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتعينه والعم الواحد نصف الاثنين
فيكون له نصف ما لهما واذا اخذ العم النصف صار كانه لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما
الثلث بينهم اثلاثا وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الى اخره
وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن وارثة جواب
عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وبعدم الام على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه
انها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو — العم صح
الانوثة لا يخرجها عن مساواتها الام في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق والكافر لما ان حرمان المير

لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله لا اسامه الانسبا في جمع النسيب وهو العرب كالانصبا
في جمع النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابي حنيفه خلافا لهما قال
ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته كا الوصية لاهل فلان تصرف الى الزوجه عند ابي حنيفه والى كل من تضمه نفقته
فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة
وكذا قوله تعالى فنجيناه واهله الا امراته وله ان الاهل في الزوجه حقيقه يشهد به قوله تعالى وسار باهله
ولا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال بهذه الاية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا
والمراة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه او اقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه
من الاتباع احد لم يدخل فيه بالاتفاق على ان الحقائق لا يستدل عليها الا بطريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما
استشهد بالاية تانيسا فان زيدت ان ما في الاية ليس على معنى الحقيقه لا نسلم انه مطلوبه كالايات التي استدل لهما
وقوله فلان من اهل بيت سيادة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتجنس بابيه
فان ابرهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفا صلحوا للخلافه وان كان امهم من الاماء
فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال
صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام غ والعميان والزمنى معروفه والارمل هو الذي لا يقدر على شي رجلا كان او امراة
من ارمل اذا افتقر من الرمل كادقع من الدقعا وهي التراب ومن الناس من قال الارامل النسا خاصة والمختار عند المصنف
هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى لهولاء فاما ان يكونوا قوما يحصون اولا فان كان
الاول وحد الاحصا عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصا الى كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون
وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي دخل في
الوصيه فقراوهم واغنياوهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقق التمليك فيهم ممكن وان
كان الثاني فالوصية للفقرا منهم لما ذكره في الكتاب وهو الصحيح وقوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني
فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا
كانوا يحصون كان الحكم فيهما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى كدخوله في الارامل
اولا قال الكرخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد الايم هي الثيب
خاصة وقول المصنف يحتمل والظاهر دخوله لانه ترك اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصيه
في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف الى الفقرا ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل
للجهالة الفاحشه وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من
بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين وزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الا ان يغلب الشيب
فحينئذ يكون شيخا وفي الوصية للفقرا والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان
في الوصايا على ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافة
او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفه رحمه الله وكان يقول اولا يدخل
وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط اما اذا كانت الاناث مفردات فلا يدخل بالاتفاق وجه قولهما
ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله الاخر ان حقيقة هذا الاسم للذكور

وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقه وان كان الثاني يتناول لان المراد
به مجرد الانتساب كبني ادم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقه والموالاة وحلفاوهم بقسم الوصي بين من
يعد عليهم من فقرائهم قال ومن اوصى لولد فلان • ومن اوصى لولد فلان ففلان اما ان يكون ابا خاصا
او فخذا فان كان الاول تناولت الاولاد دون اولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط سوا لان
اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقه وولد الولد مجازا لا يصار اليه عند امكان
العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد واولاد الابنا رواية واحدة وفي اولاد البنا
ت روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفه ان الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد
فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم قال القدوري والصحيح انهم لا يدخلون وذكرهم الحقيقه
والمجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلبي قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا
يخلو عن الاولاد عادة فيكون مرادة فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصة فان بنيه وبناته قد يخلو عن الاولاد
فلا تكون مرادة وقوله ومن اوصى لورثة فلان واضح وقوله ومن اوصى لمواليه مبناه على جواز عموم
المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فاجاز هذا واصحابنا ما جوزوه فكذلك هذا والمروي
عن الشافعي رواية عن ابي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على ان لفظ المولى على الاعلى والاسفل
متواط كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع واحد
وهو اشتمال صلب الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه
فكان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الاخر بمعنى المفعول واليه اشار بقوله ان الجهة مختلفه وقوله في موضع
الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الائمه وعامة اصحابنا على ان لا عموم
للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسالة الحالف بترك الكلام مع المولى مطلقا [illegible] المعنى
في النفي بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير لذلك كالشي وقد قررناه في التقرير مستوفى
بعون الله وتاييده فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة
اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة
اخرى ممكن وهو ان تصرف الوصيه الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في
حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى
اجيب بانه معارض بجهة اخرى وهو ان العرف جار بوصيه ثلث المال للفقرا والغالب في الموالي الا سفل
الفقر وفي الاعلا الغنا والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى ولو اوصى
لمواليه وله موالي الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات
اولاده لان عتق هاولاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشي لا يوجد قبله لعدمه ووجود الوصيه تضاف
الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما
وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب استحقاق الولا وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت مستقر
والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولا بنفس الاستحقاق بل بالاحيا الحاصل بالعتق وذلك انما يكون
بعد الموت ويدخل فيه اي في هذا الايصا يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو اوصى لمواليه

وله موالي واولاد الموالي وموالي الموالاه دخل معتقوه وهو ظاهر واولادهم لان نسبتهم اليه بالولا للعتق
الذي باشر في ابائهم والفروع اجزا الاصول فكان الاطلاق حقيقه فيهم كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم
الموالي عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا بني فلان
وانما هم بنو بنيه وعن ابي يوسف انهم يعني موالي الموالاة يدخلون ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله
والاعتاق لازم جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفه وجب بطلان الوصية كالموالي الاعلا والاسفل
ووجهه ان المشترك لا يعمل به اذا لم يكن قرينه على احد المعنيين وهيهنا قرينه تعين احدهما وهو ان ولا الاعتاق
بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولا الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلما وسببه عقد يحتمل
الفسخ فلا يتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاه كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم يمكن وجب العمل
بالمجاز صونا للكلام العاقل عن الالغا ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي
للورثه لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا ان اسم المولى لاولاد الموالي
حقيقه وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اذا اوصى لمواليه موالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب
ان يقال موالي اعتقهم ابوه او ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو
ان يباشر اعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز ان يتسبب لذلك باعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق
مملوكا ولم يوجد في حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسببه فعلمنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافه وهذا
المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم مواليه حقيقه وقوله وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة
جواب عما روي عن ابي يوسف ان موالي ابيه يدخل اذا مات ابوه وورث ولاهم لانهم مواليه حكما وهذا الحرز
ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق
في حق الميراث لان الولا كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولا لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا
يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال
في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح
لانه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين موالي اعتقهم ابوه او ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحه فيه
ايضا وذلك انما يستقيم فيما اذا كان بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض فعند ابي حنيفه لم ينسب اليه
بالولا بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه
انما نسب اليه بالولا حقيقه فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخة في قوله ولا يدخل فيه موالي
اعتقهم باثبات لفظ ابنه وهيهنا بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيهم موالي اعتقهم ابنه
ومعناه ان معتق البعض يدخل تحت الوصيه للمولى لانه مولاه حقيقه بخلاف موالي الام لانهم ليسوا مواليه اصلا
ولكن ينبغي ان يجوز هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة
وهذا فيه تصحيح لنسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصه هـ

لسكنى دار

باب الوصية بالخدمة والثمرة هـ لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعتاق شرع
في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها
وضعا قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ونقل المواققه بين الوصية والعارية

في

في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمناسبه بينها وبين الارث لان الوصية تعتمد التمليك والمنافع
تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة فكذا بعد الممات لان الموت لا يزيلها والارث خلافه فيما تملكه المورث وذلك عين
يبقى والمنفعه عرض لا يبقى واذا اجازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى
وهو الحاجة تشملهما يعني المنفعه والغلة قوله فان خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى
بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدا او جعل لذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم تخرج
ولكن اجازت الورثه التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم يجزه الورثه خدم الورثه يومين والموصى له يوما الى
ان يموت وان كان الثاني فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنه ست وسبعين وسبعمائة او لم يعين فان عين ومضت
تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنه او مات قبل مضيها
فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت الورثه فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان
لا يخرج ولم يجز الورثه يخدم الموصى له يوما والورثه يومين حتى يمضي السنه التي عينها ثم يسلمه الى الورثه
وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثه يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه
سنه كاملة ثم يرده الى الورثه وان لم يخرج ولم تجز الورثه يخدم الموصى له يوما والورثه يومين الى ثلث سنين
ثم يرده الى الورثه وهذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فانه له ثلث غلة تلك السنة على ما
سنذكره قال فان مات الموصى له عاد الى الورثه اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثه الموصي لان
الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحكم الى وارث الموصى له لاستحقها
ابتدا من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافه فيما تملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن
لا يجوز ان يستحقها لذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له
في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حالة الوصية
في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصيه بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى بغلة
عبده او داره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه او سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف
المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له بالخدمة ان يوجر العبد والدار
واضح سوى الفاظ نذكرها قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية وفي حقيقة
هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو ان الشي لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب
عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتدا لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ
ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمه وانقطاع الرجوع
بموت الموصي من العوارض فلا يعتبر به وقوله ولان المنفعة دليل اخر وقوله وهذا لا يجوز يعني بنا على ما قال
ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا
لملك رقبته ولا تعقد المعاوضه ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب بان كلام المصنف في الوصيه ومراده بالمنفعه
منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث
احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى اهله الا باجازة الورثه وقوله واذا كانوا في غيره اي في غير
مصر الموصي وقوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره قد علم جوابه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيدا

في ص

حكمها ص

بقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له غلة تلك السنة يعني اذا لم تجز الورثه وكانت الوصية بغلة عبده سنة
ويذكر الضماير اما نظرا الى المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزا وكل ما هو كذلك
تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينهما وبين الخدمة فانها لعبد لما لم يحتمل القسمة
بالاجزا صرنا الى القسمة استيفا الخدمة بطريق المهاياة الى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله
فلو اراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه لاحدهما على الاخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لا
حر رقبته بالواو على قوله اوصى له بخدمة عبده فيعتبر هذه الحالة بحالة العطف بحالة الانفراد اى
بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا يتحقق المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما
صحت الوصية لصاحب الخدمه كان البيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة
منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثه والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان
اخر يكون الرقبه له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت
ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لاخر اما ان يكون ادرك حد الخدمة اولا فان كان الثاني فنفقته على
الموصى بالرقبه الى ان يدرك الخدمة لان الانفاق عليه بنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة
صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى
على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنا جنايه فالفداء
على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله ولها اى لهذه المسئلة
نظاير وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله ولا شي لصاحب الظرف وهو الامه والخاتم والقوصره في المظروف
يعني الولد والفص والتمر في هذه المسايل كلها اما اذا كان احد الايجابين موصولا بالاخر فبالاتفاق واما اذا كان
احدهما مفصولا عن الاخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان الموصول
والمفصول فيهما في الحكم سوا وتاخير تعليل محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على
ان المعول على قول محمد قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة المسايل المتعلقه بالاقتصار
على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث على وجوه ثلثه في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له
ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده فان العرف فيها جار على
الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكره كالوصية بالصوف
على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشيا لا يستحق بوجه ما وفي وجه
ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة
وقت الموت يتناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له ووجه
القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة ولم يوجد وليست بموجوده فيبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفا
الحقيقه صونا لكلام الموصي عن الالغا والمصنف جعل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج ج
وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله
ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى اخر الباب واضح ولله در المصنف ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه لا
يرى معنى من المعاني يحتاج الى تحرير الا وقد حرره او يعسر تادية له من غيره وقوله وتعقد الخلع صورته ان تخلع

المراة

160

المراة زوجها على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شي فلا
شي له وما وجدت بعد ذلك فللمراة لان ما في البطن قد يكون معلوما وقد لا يكون فلم تغره حتى لو قالت
على حمل جاريتي ولم يكن بها حمل يرد المهر

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية
الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في
صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فمن اصحابنا على الخلاف المخرج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف
عند ابي حنيفة اذا كان من المسلم فان وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا
اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح ولو اوصى بذلك اى لو اوصى بان يجعل بيعة او
كنيسة لقوم غير مسمين فهو جائز من الثلث لان في الوصيه معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية
التمليك فامكن تصحيحه اى تصحيح ايصايه على اعتبار المعنيين معنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من
الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسمين صنعوا به ما
شاؤا وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير محصورين جازت الوصية
عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية
بالمعصيه باطله لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم لانهم لو اوصوا
بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان
كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببنا بيعة او
كنيسة في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر
الفرق بين بنا البيعه والكنيسة والوصية بذلك وقوله لم تصر محررة لله حقيقة اى لم يجر على معتقد هم
فبقي ملكا للباني يورث عنه وقوله ولانهم يتوارثونه الى اخره على عدم التحرر لله تعالى وقوله خلاف الوصيه
متصل بقوله ان البنا نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله بيوت
معناه وقوله على مقتضاه كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصا وحاصل معناه ان الوصية وضعت لا زاله
الملك الا ان لفظها ينبئ عن خلافة معناه وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما
اذا اوصى بما هو قربة فيه عملت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الى اخره واضح قوله وهو ما ذكرناه
يريد به الوصيه ببنا البيعه والكنيسه قوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصيه بالبيعة والكنيسه
وقوله والوجه ما بيناه اى من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انه وصية بمعصيه
وقوله والجمع مشوره يعني ان كلامه في صرف المال الموصى به الى استصناع المسجد وغيرها خرج منه
على طريق المشوره لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جايزة عندهما
موقوفة عند ابي حنيفة ان اسلم نفذ تصرفاته والا فلا وقوله وفي المرتده الاصح انه يصح
وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات
خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصيه والفرق
بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتده فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه
لا منافاة بين كلاميه لانه قال هنا ان الصحيح وهنا الاصح وهما تصحيحان وقوله واذا دخل

لحربي دخل دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز وهل هذا اذا لم تكن الورثة معه اما اذا كا
كانوا فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق لكونهم في دار الحرب
وقوله وذلك في حق مستامن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال
قد قلت ليس لورثته حق لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد
على الورثة ايضا مراعاة لحق المستامن لا من حيث تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته
والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية
بما زاد على الثلث لحق الورثة الى اخره وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الى اخره ظاهر وقوله
ولو اوصى لحربي في دار الاسلام دار الاسلام [illegible] لا وصي لا لقوله حربي اي لو اوصى الذمي في دار
الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمي اذا اوصى لحربي في دار الاسلام جاز
على ما ذكر مثل هذا بقوله وكذا لو اوصى له اي للمستامن مسلم او ذمي بوصية جاز باب
الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان
كتاب الوصايا يشمله لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها ووقوعه فكانت الحاجة الى معرفتها
امس ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه
اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي لتدارك حاله
عند رد الوصي فليس برد لان الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير
علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فرد رده وطولب
بالفرق بين الموصى له والموصى اليه فان قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال
حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكر واجيب بان نفع الاول بالوصية
لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى
ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع
ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي في غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف
بنفسه فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف
لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي
وفتاوى قاضي خان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة
الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل
بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه
وقد اشار اليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك ايضا
قول المشايخ على ما اشار اليه قوله وسببه الاضرار بغير رده واما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فليس
فيه ذلك قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي
ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا يعني هو في كل حال حياته فانه ما لم يوجد منه دليل قبول نصا او دلالة
كان له الخيار فلما كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما امتنع الا نصا ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم
يوص

يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب بان الموصي مغتر حيث لم يسأله عن الرد
والقبول ولا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار وقوله فلو انه باع
شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد الصريح بخلافه لانه
اعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الخمس من ذلك ما ذكره
في كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن اعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة
حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي
وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال
لا اقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء عند علمائنا
ان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر للوصي لكن الاول اعلا لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور
بالثواب ودفع الاعلا من الضررين اولى لا محالة وقوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فله ذلك
يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ بعد ذلك في تعليل صحة
هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فنفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو
ج الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه فيصح الاخراج
هنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني والثاني اوضح قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق ومن
اوصى الى عبد غيره او كافر ذمي او مستامن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم
وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الاصل
ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث واليه
ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل التصرف
ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه عن استقلاله حقيقة للميت مظنونا بالكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن
التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية فعلم انها ستبطل
باخراج القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فدل ان
الايصاء صحيح لكنه لا يستوفي التبعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل
في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه
فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله اعدم ولانه اشار الى ما قبل الاجازة وقوله واسناده الى ما
بعدها لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم
ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه انفا وقوله ويستبدل غيرهم اي اخراجه ويبدله بغيره
لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بالحفظ والصيانة وبالخيانة تزول الصيانة فلا يحصل الغرض
من الوصاية وقوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتباره منه اي هذه الوصية وهي
وصيته عنده على الورثة الصغار تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان
الوصي انما يملك الولاية من الموصي ولانه لا يتجزى اذ لا مال ولانه في بعض دون بعض فلو نقض التجزي
في ولاية الوصي نقضت ولاية الموصي لكنه غير متجز فكان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله انه مخاطب

احترازا عن الصبي والمجنون وقوله مسند احتراز عن الايصا الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثه
كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة فدل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع
والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصاء يبقى للقاضي ولاية البيع وقوله يكونه ناظرا لهم لان العاقل
لا يختار المرقوق من الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشفقته على من خلفهم وصار
كالمكاتب فان الايصا اليه جائز مكن لا يتجزأ قوله والوصايه قد يتجزى جواب عن قولهما وفي اعتبار
هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفه انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين
والى الاخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصي اليه خاصة اونقول تصار اليه اي التجزي
كيلا يودي الى ابطال اصل هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الاصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه
وهو جعله متجزيا بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهدار ما كلمه قال
ومن يعجز عن القيام بالوصيه • معنى قوله بالوصية بالوصايه اعلم ان الاوصيا ثلثه عدل كاف
وعدل غير كاف • وفاسق • واراد المصنف العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصيه عن الاستبداد
وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثه وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي
وبعض نهايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه وان لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه
الوصي ذلك اي عدم الاستبداد لعجزه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل
غيره به رعاية للنظر من الجانبين اي جانب الموصي والوصي بعدم المقصود من جهة القاضي بالتصرف
في حوائج الموصي والعاجز المعزول يضاحقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض
اليه الا خراج وان شكاه الورثه او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانه فانه يستبدل به غيره
ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين الى اخره روي عن ابي القاسم الصفار انه
قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على
حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف ما كما لعقبة ابو الليث بهذا اصح وبه ناخذ
بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا
سوا اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصيه انما يكون عند الموت
وعنده تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الامرين والاجماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في
اشيا معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف اقوال العلما فيها فذكر في الاسرار سته وهو ما عدا تنفيذ
الوصية المعينه وقبول الهبه وجمع الاموال الضائعه من تجهيز الميت وقضا الدين بجنس حقه وشرا
ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد المغصوب والوديعه والخصومة وذكر في
الجامع الصغير لقاضي خان ثمانيه وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة
وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعه قيل ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعه
فيكون واحدا فلا يرد ما يرد عليه من الحماسه والذي ذكره المصنف اكثر من ذلك وقوله ليستا من
الولايه يعني انها ليست لمن لا يثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر من قبل وقوله
لانها ليست من باب الولاية اي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر
روايه

رواية الجامع الصغير ليسان ان اقتضا الدين اي قبضه ليس لعضا به بل هو على الاختلاف وقوله
ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منها وقوله
فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي الى اخره وقوله والى
الجد في النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفا القصاص للجد فكذا
الوصي فيما اسند اليه لانه خلف عن الاول وباعتباره هو الخلافه يحل الاول فاما حكما والخلف يعمل عرض ح
عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الموت كان له ولايه اي عند الموصي كان للوصي ولايه
في التركتين اي في تركه نفسه سماه تركه باعتبار ما يؤول اليه وتركه موصيه اما في تركته فباعتبار
انه حلله واما في تركه موصيه فباعتبار الوصايه اليه فيتنزل الثانيه منزلته فيهما ومن له الولاية
يتوكل غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصي الى غيره قال ومقاسمة الوصي
الموصى له عن الورثه جائزة • رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل اخر بثلث ماله وله ورثه صغار او الوصي صح
كبار غيب فقاسم الموصى له نائبا عن الورثه واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثه فالقسمة نافذة على
الورثه في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثه في يده لم ترجع
الورثه على الموصى له بشي واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم مع الوارث
عن الموصى له فاعطى الورثه حقهم وامسك الثلث للموصى له لم ينفذ القسمه على الموصى له صغيرا كان او كبيرا
حاضرا او غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما افرزه كان له ان يرجع على الورثه بثلث
ما في ايديهم والفرق بين المنقول والعقار ان الورثه اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول
والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولايه بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع
ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله ان الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز ان يكون الوصي خصما
عنهم وقائما مقامهم واما الموصى له فليس خليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون عنه وبين الوصي مناسبة حتى
يكون خصما عنه وقائما مقامه وينفذ القسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد
عليه اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشرا المورث فانه اذا اشترى جاريه فماتت ثم استولدها الوارث
ثم استحقت الجاريه فانه يرجع على بايع الميت ولو لم يكن خليفه لما رجع كما لو باعها المورث من احد المسئله
بحالها فان المشتري يرجع على بايعه دون بايع بايعه لانه ليس خليفة عن بايعه حتى يكون غروره لغروره وقوله
عند الوصي لا يضمن جواب عن سؤال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك
المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب
ما قال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركه فصار كما اذا اهلك بعض التركه قبل القسمة الى اخره
وفيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثه في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلمه
اليهم فالموصى له بالخيار ان شا ضمن القابض بالقبض وان شا ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قال
الورثه كان جعلوها من سياق كلامه ولا ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا اشارة الى
قوله لان القسمة لم ينفذ عليه قال وان كان اوصى الميت بحجة • رجل مات وترك اربعة الاف درهم
واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصي الفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت

الطريق قال ابو حنيفه يوخذ ثلث ما في التركه وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يوخذ ثلث ما بقي
مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يوخذ مما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثه وثلثون
وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يوخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصيه
ولا يوخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم
واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركه مما يكال او يوزن
لان القسمة فيه تمييز لا مبادله حتى ينفرد احد الشريكين من غير قضا ولا رضا ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه
مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادله كالبيع
وبيع مال الغايب لا يجوز فكذا قسمته ملك وضع المسالة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانهما مما
يوزن وقوله واذا باع الوصي عبدا من التركه ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او
وصيه عبده الماذون له المديون بغير محضر من غرما العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد ها هنا
حقا في استسعا العبد وتعجيل البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرما فلا ينفذ بغير اجازتهم
واما ها هنا فليس لغريم المولى حق في استسعا العبد انما حقه في استيفا الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا
حق الغريم بل يكون محصلا له لان حقه في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد والبيع يحصل وقوله
ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرما يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين ظاهر وقوله لانه ضمنه بقبضه اي لا بجمل اخر يكون
للورثه لا باستحقاق العبد تبين بطلان الوصيه فلم يكن عاملا للموصي ولا للورثه وقوله لان
الرجوع بحكم الوصيه لان البيع كان لتنفيذ الوصيه فكان حكمه حكم الوصيه والوصيه تنفذ من الثلث
وقوله انه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والتصدق
بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان الموصي مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين
يقضى من جميع التركه وقوله وقد مر في كتاب القضا في اخر فصل القضا بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي
او امينه عبدا للغرما الى اخره وقوله فان كانت التركه قد هلكت او لم يكن بها وفا لم يرجع بشي اي لا
على الورثه ولا على المساكين لان كان ثمة دين على الميت لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت
دين اخر وذكر في الذخيره محالا الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف
الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم وهذه الروايه تخالف رواية الجامع الصغير ووجه روايه
الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والعتق يتبع له وقوله فان قسم الوصي
الميراث الى اخره ظاهر وكذلك قوله واذا احتال الوصي بمال اليتيم فلم يذكر ما اذا كان المحال والمحال
عليه سوا في الملاه وذكر في الذخيره ان فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوزه يحتاج الى الفرق بينها وبين
ما اذا باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جايز على ما يجي والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه
والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحواله فليست كذلك لجوازها بما لم يسلم فيه ورب مال
السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبراس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادله
كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
ان

163
ان يكون هذا ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح فلم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال
الصغير شيا لنفسه او باع من اليتيم شيا من ماله هل يجوز او لا ان كان فيه منفعه ظاهره جاز عند
ابي حنيفه وابي يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهره ان يبيع ما يساوي خمسة عشر
بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى اظهر الروايتين
عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله والصبي الماذون له والعبد الماذون له والمكاتب يجوز بيعهم
وشراوهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكيه اي يتصرفون باهليتهم لا بامر
المولى لان الاذن فك الحجر لم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى
ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن كتاب وقوله واذا كتب كتاب الشرا على وصي فهذا تعليم احداث الحقوق
والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط وقوله ٢
وبيع الوصي على الكبير الغايب قيد بالكبير لان الورثه اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض
والعقار على جواب السلف حمادا ذكرناه من قبل سوا كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون انما يجوز للوصي
بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفا له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب
المشتري في شرايه بضعف القيمه وقيد بالغيبه لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركه اصلا
الا ان يقاضي ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثه الا اذا كان على الميت دين او وصى بوصيه ولم يقبض
الورثه الديون ولم ينفذوا الوصيه من مالهم فانه يبيع التركه كلها ان كان الدين محيطا وبمقدار الدين ان لم يحط
وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابي حنيفه خلافا لهما وينفذ الوصيه بمقدار الثلث ولو باع ليتعدها
شيا من التركه جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب يلي ما سواه
دليل المسالة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسالة اذا لم يكن في التركه دين مستغرق فان كان وهو مستغرق
فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضا الديون الا بالبيع فكان ماذونا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير
مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا
عند ابي حنيفه خلافا لهما فالابي منع بيع الزيادة ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز
واستحسن ابو حنيفه فقال الولايه ها هنا بسبب الوصايه وهي لا تتجزى فمتى ثبت له الولاية في بيع البعض
ثبت في البعض الباقي ولان في بيع البعض اضرارا بالتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ٥
ذلك في وصية الاب الا ترى انه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعه فان قلت قد علم
حكم المسالة اذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار اذا كانوا ٢
غيبا وخلت التركه عن دين ووصيه فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار واما بيع
حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا
وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا
وكانت التركه خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت
مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف ولا يتجر في المال
ظاهر وقوله وهذا الجواب في تركه هولا يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركه هولا لان وصي هولا

كان العدد كان العمال الكلام واذا

فما ترك الاب ليس لوصي الاب في الاسر الغايب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه
الصغير عن امه العقار والمنقول في ذلك سوا لانه قايم مقام الام والام حال حياتها لا تملك
بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها واما ما
ورثه الصغير من الام فلوصيها بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول
من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان فان كان مستغرقا فله بيع
الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار قضا الدين وقضا الدين دخل تحت ولايته وان لم
يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وبهذا الجواب يعني
هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه لما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه
وقوله والوصي احق بمال الصغير من الجد الى اخره ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان
بالايصا ينتقل ولاية الاب اليه الى اخره **فصل** في الشهادة قال في النهاية لما لم يكن
الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصيه اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها قوله واذا شهد الوصيان
ظاهر وقوله وجه الاستحسان الى اخره اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي
لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا اخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند الشهادة
اذا لم تكن فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصي لهما
متى شهد ابناه بذلك كان من زعمهما انه لا بد من ثالث في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه
ما لم يكن له وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هاهنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مونة
التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه
وهو قوله فالشهادة باطلة قوله وكذا لو شهدا يعني الوصيين الى اخره واضح وقوله
واذا شهد رجلان لرجلين جنس هذه المسايل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهي الشهادة
بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شايع من التركة
كالشهادة بالفي مرسلة او ثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلين
بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب اخرا هو
ان يشهد الرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بالفي مرسلة او ثلث المال ومبنى ذلك كله
على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم تثبت فيه
التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بنا على ذلك اقتضا
وجه القبول وهو الذي نص عليه الامام محمد ولم يذكر ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضا دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة ووجه الرد ان
الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
شارك الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حالة الحياة
لانه في الذمة لبقايها لا في المال فلا يتحقق الشركة **كتاب** الخنثى فصل
في بيانه لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب
ان

ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع
شي من شي اخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وهاهنا لم يتقدم شي فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة
ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو وروده
في الفصل لا في الاجمال **قال** واذا كان اي قال القدوري اذا كان للمولود فرج وذكر فهو
خنثى والظاهر ان الواو الواقع في اول الكلام للاستيناف وكلامه ظاهر وقوله فهو دلالة
على انه هو العضو الاصلي الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعته
ومنفعة هاتين الالتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك
من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للالة كونها مبالا فاذا بال من احدهما عرف
ان الالة هي التي للفصل في حقه هذه والاخرى زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر
وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النسا فهو امراة وان لم يظهر شي
او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يدفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به
الغالب **فصل** في احكامه لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى
المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امراة وحكم واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل
احكامه وطال الاصل في الخنثى المشكل ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل
هو الذكر لان حوا خلق من ضلع ادم اعتبره فان قام في صف النسا فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال
انه رجل وقيل وانما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات
واجب لان المسقط وهو الادا معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المراة في صلاة مشتركة موهوم
فللوهم احب له ان يعيد الصلاة فان قيل الخنثى اذا كان مراهقا فلا اعادة عليه وان افسدها وان
كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا
فما وجه قوله احب الي ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراهقا فالاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا
واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير يكون اعادة من على يمينه ويساره
وخلفه بحذايه اذا قام في صف الرجال واجبة لانه ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة هو الاعادة
على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المراة الرجل في حقهم موهوم وقوله واحب الينا ان يصلي
بقناع يعني اذا كان مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله وهو على الاستحباب يعني
اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شي من علامات الرجال او النسا فالاعادة
واجبة وقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة قيل فيه نظر لانه وان كان
صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المراة لان المراة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها
بل لها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان
كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الى خلاف الجنس وليس للملك تاثير في اباحة
نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه المولى امراة لم يكن يستبرى اغنته عن شرا الجارية
بمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير اجيب بان محمدا لم يعلل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح

مالم يمس امره ومع هذا لو فعل كان صحيحًا لان الخنثى اذا كان امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح
لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير والحلي لا فائدة في
قوله في حياته فانه لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة
لانه لبس على ما نبه عليه في التراكيب تكون مدًّا للاخراج يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان
لبس الحرام حرام على الرجال دون النسا وحاله لم يتبين بعد فيوخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام
فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان يتكشف قدام الرجال
او قدام النسا يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابدا موضع العورة لان
ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا
كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنسا في ازار واحد وقوله وان
يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امراة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخلون رجل بامراة ليس منها
بسبيل فان ثالثهما الشيطان وامره في ذلك محتمل نظرا الى حاله وقوله لا علم لي بحاله يعني لاشتباه
حاله وعدم المرجح وقوله محمد ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الحجة لا تثبت بالشك
وقوله وان قال بالقولين يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمشكل
يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوى يخالف قضية الدليل لان الدليل يقتضي
بقا الاشكال وهو لا يعلم وذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله يعني ارسل انما قال لفظ
يعني لان حكمه مذكور فلم يعتبر به وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجل والنسا اي غسل الرجل
المراة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس
الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا
كان مشكلا لم يعرف له جنس فيتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغتسل به فيتيمم بالصعيد
وهو نظير امراة ماتت بين رجال وعكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي وبغيرها ان كان ذا
رحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لا الجواز ان يكون امراة ولا يشترى
جارية للغسل كما كان يفعل الختان لانه بعد الموت لا يقبل الملك فالشرا غير مفيد بخلاف شرا الختان
فانه في حال الحياة واهلية الملك فيهما وقوله وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا
بحال الحياة لانه يقوم خلف الرجال والنسا فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليلني منكم اولوا الاحلام والنهى وقوله ثم ومع رجل في قبر واحد من عذر
جعل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل بالقرب اليه اولى وقد
جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر يوم احد بدفن اثنين في قبر واحد جانبا القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد
ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المراة النعش شبه المحفة مشبك
يطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله وان كان ذكرا فقد
زاد على الثلث فلا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على
الثلثة في الكفن للرجل غير ضارة كما في حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال حياته ازيد على الثلثة
واما

واما اذا كان في الاقتصار على الثلثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة اثواب قال
ولو مات ابوه وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع ابي يوسف ولذلك اثبت
المصنف في الكتاب وكذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع ابي حنيفة
ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم ياخذ به وابو يوسف فسره
على وجه ولم ياخذ به وهو ان يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه اخر وهو تفسير
محمد بان يجعل على اثني عشر واخذ به وكان قوله ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر
في الكتاب اذا مات ابو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى
سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات الذكور بلا
معارض لحينئذ يعتبر ذكرا وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن
ابي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني
عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى
ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع لان الخنثى في حال ابن
وفي حال بنت والبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصيب ابن
فيضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة
ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف
وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال اثلاثا سهمان
للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينصف فيكون
له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر بالنصف فيضعف لزوال الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى
خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على
تعليل بصحيحه وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق
معرفته ان يضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما فيبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم
اضرب حصة من كان له شي من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضرب به في اثني عشر
يبلغ ستة وثلثين واضرب حصة من كان له شي من اثني عشر في السبعة والخنثى منه خمسة فاضرب
في سبعة يكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين هذا افاده الامام حميد
الدين ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتدا لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة
او الانوثة والانثى منهما معلوم واثبات المال ابتدا بدون سبب حقيقي غير مشروع فلا بد من البنا على المتيقن
والاقل وهو ميراث الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق اخر فانه يوخذ بالمتيقن به دون
المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزائد فان من قال لفلان علي دراهم يحكم له بالثلثة حتى يقوم الدليل على
الزائد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة فان من قال للفلان لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة
وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة فلا تمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق
اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة او الانوثة والانثى منهما متيقن به فيما

عن فيه وقوله الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثنا من قوله وهو ميراث الانثى مفسر به
يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما جوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال انما لا يجب بالشك
الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا الحينئذ نعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه
متيقنا به وهو ان يكون زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام
الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج
وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا ترك امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى
للمراة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى ترث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى
ثلثة عشر ولها ستة من ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة عشر من اثني عشر وهو اقل فقدرناه
ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف
ولا شي للخنثى وهذا معنى قول العلما في تفسير قوله اقل النصيبين اسوا الحالين وهو مذهب عامة الصحابة
فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في
الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك لكنه
الى ان المشايخ في تلك المسئلة يدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك التزم لان سبب استحقاق

الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقض من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما
زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراه الى مستحقه وهل يوخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف
المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم ياخذ منه كفيلا في قول ابي حنيفة وعندهما يحتاط
في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل هنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة
هناك للمجهول وهنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم نصون به القاضي قضاه وينظر لمن هو عاجز
عن النظر لنفسه وهو الخنثى فاخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكرا استرد ذلك من اخته
وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف
السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان يتبين المستحق كما في
الحمل والمفقود والله اعلم **مسائل شتى** قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منثوره او
مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله فاذا جاء من ذلك ما
يعرف انه اقرار لتسر الى ان ما يجي من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون فيه دلالة
الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان منه
معهودا في نعم قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على ما المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التا
اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه قوله حتى لو امتد اراد به سنة ان اذ ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة
انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق
بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى قوله في الاصل عرفناه بالنص وهو ما روي عن ابن
جريج ان اعرابيا ابل الصدقات ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش
فاذا غلبت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما تفعلون بهذا ثم كلوه قوله ولا يحد الاخرس اذا قذف

بالاشا

بالاشارة او الكتابة ولا يحد له اي اذا كان مقذوفا قوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق
الاخرس اظهر منه في حق الغايب لان الظاهر من حال الغايب الحضور والظاهر من حال
الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في حق الغايب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور
فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى قوله ثم الكتاب على ثلاث مراتب
مستبين احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء والماء مرسوم اي معنون اي مصدر
بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم
في كل منها ما ذكره قوله فنوى فيه اي يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزلة
صريح الكناية اي الكناية القولية كقوله انت باين وامثاله وقوله لا يختص بلفظ
دون لفظ فانه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره وقد يثبت بغير لفظ اي بفعل بدل
العقول كالتعاطي قوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لا يكون حجة فيكون
فيهما اي في الاخرس والغايب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه اي الاشارة
على تاويل المذكور وقوله لانه اي محمد جمع هنا اي في الكتابة بينهما بقوله يكتب
كتابا او يومي ايماء قوله وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة لان فعل
اللسان في الكتابة معلوم حسا وعندنا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة
فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لانه اي الاشارة اقرب
الى النطق من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل باثار الاقلام وهي منفصلة
عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او
براسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار قوله وكذا
الذي صمت يوما او يومين عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي
لا يجوز اقراره بان اومى براسه اي نعم او كتب قوله واذا كانت الغنم مذبوحة
الى اخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه
ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى
ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب
النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان وجه الفرق هو
ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الشارع لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها
ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم وثوبه ان
الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كانت ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهر
يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس
بيقين فلان يجوز بالتحري حال الاشتباه اولى
والله تعالى الموفق للصواب



یوز آلتمش یدی یاپراقدر

5552

